

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Administrativo



**INTEGRACIÓN Y SUPRANACIONALIDAD EN LA
COMUNIDAD ANDINA: PROCESO DECISORIO,
SISTEMA JURISDICCIONAL Y RELACIÓN CON LOS
DERECHOS NACIONALES**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Jorge Luís Suárez Mejías

Bajo la dirección del doctor:
Ricardo Alonso García

Madrid, 2001

ISBN: 84-669-2328-4

T 24968

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
MADRID**



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

5314015944

TESIS DOCTORAL

**INTEGRACIÓN Y SUPRANACIONALIDAD EN LA
COMUNIDAD ANDINA**

Proceso decisorio, sistema jurisdiccional y relación con los derechos nacionales

Por: JORGE LUIS SUAREZ MEJÍAS
**Doctorado “Problemas actuales
del Derecho Administrativo”**

Director: Ricardo Alonso García
Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad Complutense
Madrid



Indice

Introducción.....	1
Abreviaturas utilizadas.....	7
I. Distribución de poderes y proceso decisorio.....	8
1. El principio de atribución de competencias.....	9
2. El principio de equilibrio orgánico.....	13
3. El principio de cooperación leal interorgánica.....	14
4. El principio de división de poderes.....	16
5. El poder de impulso político.....	21
5.1. La manifestación del poder de impulso político del Consejo Presidencial Andino: las Directrices.....	23
5.2. El poder de impulso político del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y su relación con la Comisión.....	26
6. El poder normativo de naturaleza legislativa.....	30
6.1. El poder de iniciativa normativa.....	32
6.2. Las Decisiones como manifestación del poder normativo.....	33
6.2.1. La adopción de las Decisiones por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.....	51
6.2.2. La adopción de las Decisiones por la Comisión.....	51
6.2.3. Las Resoluciones normativas dictadas por la Secretaría General.....	52
7. El poder normativo de naturaleza reglamentaria.....	54
8. El poder de ejecución administrativa con fines de aplicación material.....	58
8.1. El poder de ejecución administrativa por la Secretaría General.....	58
8.2. El poder de ejecución administrativa con fines de aplicación material por otros órganos andinos.....	60
8.3. Las Resoluciones como manifestación del ejercicio del poder de ejecución administrativa con fines de aplicación material del derecho derivado.....	62
8.4. Las Resoluciones como manifestación del ejercicio del poder de ejecución administrativa con fines de aplicación material directamente otorgado por el derecho originario.....	65

618669256
125837242

9. El control del Tribunal de Justicia sobre los órganos de la Comunidad Andina.....	69
II. Sistema jurisdiccional de recursos.....	89
1. Organización, naturaleza y características del Tribunal de Justicia.....	89
1.1. La influencia comunitaria europea.....	92
1.2. La organización del Tribunal andino.....	103
2. Competencias del Tribunal de Justicia.....	110
2.1. La acción de nulidad.....	110
2.1.1. La materia de la acción de nulidad.....	110
2.1.2. Los motivos de impugnación.....	121
2.1.2.1. La incompetencia.....	126
2.1.2.2. Los vicios de forma.....	139
1) La consulta a otros órganos e instituciones.....	144
2) El cumplimiento de las normas internas.....	147
3) La motivación del acto comunitario.....	148
4) La publicación y notificación de los actos.....	150
2.1.2.3. La desviación de poder.....	152
2.1.3. La legitimación activa.....	157
2.1.3.1. Los países miembros.....	159
2.1.3.2. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General.....	160
2.1.3.3. Las personas naturales o jurídicas.....	163
2.1.4. Los efectos de la sentencia.....	170
2.1.5. Otros aspectos de la acción de nulidad.....	175
2.1.5.1. Plazo para intentarla.....	175
2.1.5.2. Los efectos de la interposición de la acción.....	179

2.2. El recurso por omisión o inactividad.....	183
2.2.1. El elemento material del recurso.....	185
2.2.2. Las fases del recurso.....	196
2.2.2.1. La fase administrativa.....	196
2.2.2.2. La fase judicial.....	198
2.2.3. La legitimación activa.....	199
2.2.4. Los efectos de la sentencia.....	201
2.2.5. La adopción de medidas provisionales.....	202
2.4.6. La ejecución forzosa de la sentencia.....	203
2.3. La interpretación prejudicial.....	204
2.3.1. Características generales.....	208
2.3.2. La legitimación activa: el carácter de juez nacional.....	215
2.3.3. Las limitaciones del Tribunal comunitario.....	217
2.3.4. La obligatoriedad de la interpretación prejudicial.....	220
2.3.5. La interpretación prejudicial como prueba.....	225
2.3.6. La interpretación prejudicial de validez.....	226
2.4. La acción de incumplimiento.....	232
2.4.1. Características generales.....	237
2.4.2. La fase administrativa previa.....	240
2.4.3. La fase judicial.....	249
2.4.3.1. La legitimación activa.....	250
2.4.3.2. La materia de la acción.....	251
2.4.3.3. Los presupuestos procesales.....	251
2.4.3.4. El contenido y alcance de la sentencia.....	252
2.4.3.5. La ejecución de la sentencia.....	253
2.4.3.6. Las medidas cautelares.....	254
2.4.3.7. La revisión de la sentencia.....	256
2.4.4. Los particulares en la acción de incumplimiento.....	257

III. Relación entre el derecho comunitario andino y los derechos nacionales.....	273
1. El concepto de supranacionalidad.....	273
1.1. La supranacionalidad y la integración: introducción.....	274
1.1.1. Las características fundamentales de la supranacionalidad.....	283
1.1.1.1 Primera característica: la autonomía.....	286
1.1.1.2. Segunda característica: el poder de decisión.....	288
1.1.1.3. Tercera característica: el poder sobre los sujetos.....	288
1.1.1.4. Otras características.....	290
1.1.1.5. Nuestro criterio sobre la supranacionalidad.....	296
1.1.2. La integración y la cooperación.....	298
1.1.2.1.La intergubernamentalidad.....	301
1.1.2.2.El fenómeno de la integración....	312
1.1.2.2.1. Su definición.....	313
1.1.2.2.2. La integración vista por los economistas.....	321
1.2. La supranacionalidad y las soberanías estatales.....	341
1.2.1. La consideración de la soberanía única, indivisible y absoluta.....	345
1.2.2. La consideración de diferencias entre los conceptos de soberanía y competencia.....	346
1.2.2. La posición que acepta la división de la soberanía.....	354
1.3. La concepción de supranacionalidad e integración que proponemos.....	361
1.4. La supranacionalidad en la Comunidad Andina.....	368
1.4.1. La estructura orgánica e institucional y su funcionamiento.....	368
1.4.1.1. La Comisión.....	369
1.4.1.2. La Junta y la Secretaría General.....	372
1.4.1.3. El Consejo Presidencial Andino.....	376
1.4.1.4. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores....	377
1.4.1.5. El Tribunal de Justicia.....	378

1.4.1.6.	El Parlamento Andino.....	381
1.4.1.7.	Las instituciones consultivas.....	383
1.4.1.8.	Las instituciones financieras.....	384
1.4.2.	La incidencia del derecho generado en los países miembros y sus ciudadanos.....	388
1.4.2.1.	La aplicación directa de las normas comunitarias.....	388
1.4.2.2.	El principio de seguridad jurídica.....	395
1.4.2.3.	La responsabilidad de los Estados miembros.....	396
1.4.3.	La coacción sobre los países miembros.....	399
1.4.3.1.	La acción de incumplimiento.....	400
1.4.3.2.	La acción de los particulares.....	403
1.4.3.3.	La interpretación prejudicial.....	403
1.4.4.	La autonomía financiera de la organización.....	405
1.4.5.	La posibilidad de retiro unilateral.....	408
1.4.6.	Otras consideraciones sobre la supranacionalidad andina.....	411
2.	La labor del Tribunal de Justicia en la definición de la supranacionalidad andina.....	418
2.1.	El principio de aplicabilidad directa.....	424
2.2.	El principio de primacía del derecho comunitario.....	428
2.3.	El principio de seguridad jurídica.....	433
2.4.	La responsabilidad de los Estados miembros.....	434
3.	La supranacionalidad y las Constituciones de los Estados miembros.....	436
3.1.	La situación constitucional de Venezuela.....	438
3.2.	La situación constitucional de Colombia.....	449
3.3.	La situación constitucional del Perú.....	454
3.4.	La situación constitucional de Ecuador.....	455
3.5.	La situación constitucional de Bolivia.....	457
	Conclusiones.....	458
	Bibliografía citada.....	467

Introducción

Cuando se habla de sistemas comunitarios en el mundo, la mayoría de las personas tiende a circunscribir la expresión a las Comunidades Europeas; sin embargo, hay otros sistemas de este tipo que, quizá con menor desarrollo o con problemas en su funcionamiento, van camino a convertirse en experiencias integradoras muy parecidas a las concebidas en el viejo continente.

En efecto, tomando como modelo a las Comunidades Europeas, en determinadas regiones del planeta se ha logrado implantar organizaciones supranacionales, adaptándolas a su nuevo entorno, lo que ha hecho que a la vez se hayan diferenciado en ciertos aspectos de aquéllas. Así ha sucedido con la Comunidad Andina, la cual ha ido abriéndose camino a lo largo de treinta años, con dificultades pero también con aciertos, luchando con grandes obstáculos, en parte por estar conformada por países subdesarrollados con muchos problemas internos, aunque se encuentra ya en un estado de evolución que jurídica y comercialmente tiene mucha riqueza.

No se pretende en la presente Tesis estudiar el sistema comunitario andino haciendo una simple comparación con el europeo y describiendo sus características, sin más. Nuestro objetivo es ir un poco más allá haciendo un análisis de la Comunidad Andina vista a través del derecho público, de manera que esta área del derecho esté siempre presente detrás de cada palabra con la que describiremos a esta organización internacional, sin dejar de lado los aportes jurídicos europeos.

Para hacer el estudio del sistema andino hemos escogido concretamente los aspectos de esta Comunidad en los que el derecho público y el derecho comunitario europeo han tenido decisiva influencia, que son justamente las materias de los capítulos que conforman este trabajo, a saber, la distribución de los poderes con su proceso decisorio, el sistema jurisdiccional de recursos y la relación entre el derecho andino y los derechos nacionales.

El estudio de estos temas nos ha llevado a investigar sobre otros no estrictamente jurídicos, porque en su definición han intervenido en forma muy importante especialistas de la rama política y económica del saber, además de los propios juristas, situándonos en un terreno multidisciplinar rico en conceptos muy complejos, abonado para la confusión. Nos referimos a conceptos vinculados a la integración como nueva manera de afrontar las relaciones internacionales y a la supranacionalidad como atributo de aquélla.

Sobre todos estos aspectos, vistos como hemos dicho desde la óptica del derecho público y siempre teniendo presente a la Comunidad Europea como modelo reconocido, nos dedicaremos a reflexionar y discutir en las próximas páginas, todo lo cual haremos en tres capítulos que describimos a continuación.

El primer capítulo está dedicado a la distribución de poderes en la Comunidad Andina y su procedimiento de adopción de decisiones en cada uno de los componentes de su estructura orgánica; distribución de poderes que, ante todo, destaca por su naturaleza *sui generis*. Ello porque una clásica distribución de funciones entre sus órganos decisorios no existe, sustituida por el ejercicio indistinto de dichas funciones, salvo las judiciales, que sí están monopolizadas por el Tribunal de Justicia. Así, no existe un cuerpo legislativo diferenciado del resto de los órganos que produzca normas para que sean aplicadas por éstos, como sucede en el Estado moderno, sino que lo que se denomina Parlamento Andino realmente no es un órgano legislativo, que ni siquiera tiene facultades de control ni alguna injerencia decisiva en la adopción de normas por parte de los otros componentes de la organización.

Toda la descrita distribución de poderes da lugar a una serie de actos y normas que constituyen lo que se denomina el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dentro del cual la jerarquía entre sí de sus elementos será distinta en cada caso y dependerá del contenido de cada uno de ellos y de la ejecución normativa que haya servido de base para la emanación de tales actos y normas, de manera que no puede decirse que todas las categorías de decisiones de un órgano andino tienen la misma jerarquía siempre o que deban ubicarse en todos los casos en un específico escalafón jurídico.

Como puede verse, se trata de una manera de distribuir los poderes públicos comunitarios, de darle jerarquía jurídica a sus actos y normas y de adoptar las decisiones muy particular, que hace de este sistema comunitario ser poseedor de una gran riqueza jurídica, que merece analizarse con detenimiento como lo hacemos en este capítulo I.

El segundo capítulo trata del aspecto que originalmente dio lugar a la presente Tesis, pero que por su vinculación con otros temas que ayudaban a comprenderlo hizo necesario reestructurarla para incluir el estudio de todos ellos. La materia del segundo capítulo es donde quizá más ha influido el derecho administrativo, cuyo Doctorado pretendemos concluir con este trabajo, especialmente el contencioso-administrativo, su rama procesal, ya que trata del sistema jurisdiccional de recursos.

El sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina también ha sido organizado de acuerdo con su modelo reconocido (las Comunidades Europeas), que a su vez importó mucho del contencioso-administrativo francés. Pero no queda ahí la influencia en el sistema jurisdiccional andino porque a lo

largo de la existencia de su Tribunal de Justicia, éste también se ha nutrido e ilustrado a su vez para dictar sus sentencias y establecer una jurisprudencia uniforme de criterios y doctrinas de los sistemas contencioso-administrativos de los países andinos, que se han desarrollado en forma importante con gran influencia francesa y española.

En el sistema jurisdiccional andino sorprende, por otro lado, la realidad de su organización, la recién adquirida fluidez en su funcionamiento y el manejo de los temas de derecho público. No hay que olvidar que, además de que la mayoría de los magistrados del Tribunal de Justicia han sido jueces en sus países de origen en las jurisdicciones constitucionales y contencioso-administrativas, en esta experiencia de integración participan dos países en los que la evolución de estas jurisdicciones ha sido notable, llegando a adelantarse en algunos aspectos a los países europeos, como son los casos de Colombia y Venezuela, quizás por ser dos de las democracias más antiguas del subcontinente latinoamericano, ni que decir de los demás países andinos, aunque lamentablemente en estos últimos tal desarrollo se ha visto afectado por acontecimientos históricos, económicos, sociales y políticos internos que han impedido a sus tribunales cumplir cabalmente el papel asignado de control de la constitucionalidad y legalidad de los poderes públicos.

- III -

El tercer capítulo de este trabajo lo dedicaremos a dos aspectos que han sido pocas veces estudiados por la doctrina, por lo menos de una forma vinculada entre sí, y que han sido tratados con mucha indiferencia en relación con la Comunidad Andina por los estudiosos de la región. Nos referimos a la supranacionalidad y a la integración, dos términos que suelen ser usados como sinónimos, especialmente por los juristas, cuando en realidad cada uno tiene sus características propias.

Nos dedicaremos en este capítulo, en primer lugar, a dilucidar qué es realmente la supranacionalidad con sus elementos fundamentales, para saber si de verdad tiene los atributos que se le imputan y si es tan importante su incidencia en las soberanías de los Estados que participan en una experiencia integradora en la que ella está presente.

La propia expresión "supranacionalidad" nos da la idea de algo superior a las naciones o Estados, por lo que, si es así, su efecto en las soberanías estatales puede ser muy importante. Sin embargo, vamos a ver que, para comenzar, el término de supranacionalidad está mal empleado en la generalidad de la doctrina desde el momento en que nos damos cuenta que su presencia realmente no hace a una organización internacional superior a los Estados que la conforman, por lo menos de la forma como generalmente se describe. Se trata simplemente de un nuevo atributo que pueden tener las organizaciones internacionales, que les permite actuar con más independencia que las tradicionales y que se produce gracias a que los propios Estados participantes le atribuyen la

posibilidad de ejercer poderes autónomamente en parcelas muy definidas. Es decir, son los mismos países los que permiten que nazca el ente supranacional, y, por otro lado, una vez creada, la organización funciona en gran parte por la actuación que dentro de ella tienen los Estados fundadores, sin menospreciar con esto la labor que al mismo tiempo cumplen los órganos propiamente supranacionales de la misma, pero que muchas veces se ven mediatizados por los órganos intergubernamentales.

Lo que queremos decir con todo esto es que realmente la supranacionalidad no es un atributo que hace a las organizaciones internacionales que la poseen ser superiores a los Estados que la conforman y tener un poder verdaderamente propio que les permita imponerse sobre aquéllos, sin ninguna posibilidad de control o intervención sobre ellas por parte de los gobiernos nacionales, sino que son organizaciones que, si bien tienen mucha independencia de actuación o pueden tenerla, más que la que pueden lograr las regidas por el derecho internacional, son los propios Estados los que las crean y los que luego les siguen dando vida al permitirles seguir realizando sus actividades por estar sus gobiernos presentes en órganos o instituciones decisivos en el manejo de sus aspectos fundamentales. Con toda razón se dice que las organizaciones supranacionales son lo que los Estados quieren que sean y su independencia es muy relativa.

La supranacionalidad no implica que los Estados hagan una cesión o transferencia de soberanía a las organizaciones que la poseen sino que lo que se produce con su creación es una distribución del ejercicio de competencias entre los Estados miembros y la organización, en donde todas las competencias en sí mismas siguen perteneciendo a los Estados miembros. Lo que sucede es que a falta de un nombre más apropiado a esta nueva realidad internacional, que es innegable que es distinta en su naturaleza a la cooperación internacional clásica o a la intergubernamentalidad pura y simple como vamos a ver, "supranacionalidad" es la denominación que se sigue usando y la más cercana a lo que sucede con ella, pese a que en la realidad no ocurre lo que literalmente transmite este término.

Así las cosas, no puede considerarse que las soberanías estatales se vean afectadas por la supranacionalidad de la manera como se ha venido diciendo. Es cierto que aquéllas se ven limitadas desde el momento que un país se integra en una organización de este tipo, una limitación que quizá puede considerarse más intensa que la que ocurre en cualquier otra forma de convenios internacionales; pero no creemos que por ello pueda decirse, como muchos estudiosos afirman, que cuando hay supranacionalidad se produce una cesión, transferencia o abandono de soberanía a favor de la organización internacional, dando la idea de que el ente creado puede tener vida propia como un Estado más y subsistir con sus propias actuaciones con exclusión de los países que le dieron origen, prescindiendo totalmente de éstos porque supuestamente ya han perdido la soberanía en las áreas involucradas.

Toda esta especial situación que produce la existencia de supranacionalidad queremos puntualizarla en este trabajo y colocarla en su lugar. Y por ello tenemos que hablar de otro término que se relaciona mucho con ella como es la "integración", que para muchos, erróneamente, significa lo mismo. Ya veremos por razones justificadas que, en primer lugar, la integración es una forma de entenderse los países que es distinta a los tradicionales convenios de cooperación internacional, en los que prevalece como elemento determinante y distintivo la intergubernamentalidad. Observaremos que se puede considerar a la integración como proceso o como resultado concreto para la consecución de una nueva unidad territorial, que conlleva unos compromisos más profundos en ciertas parcelas de interés común que los que se dan en la cooperación y que puede tener varias fases.

En segundo lugar, veremos que hay razones para llegar a una de las conclusiones más importantes de este trabajo y que termina con la eterna confusión entre los dos términos más importantes estudiados en este capítulo: la integración no siempre es supranacional. En efecto, no todo proceso de integración tiene este atributo, aunque cuando se hable de un proceso de entendimiento supranacional necesariamente deberá hablarse también de integración porque aquella lleva a ésta, pero no porque sean lo mismo. La integración también puede ser intergubernamental, de manera que no debe haber ninguna confusión entre ambas situaciones porque se trata de dos términos con elementos, naturaleza y características distintos.

Más allá de lo anterior profundizaremos también en otros aspectos que pueden crear confusión como es que un proceso de integración supranacional puede utilizar paralelamente a los mecanismos propiamente comunitarios, mecanismos de cooperación internacional como apoyo para lograr los objetivos de aquél, sin que por ello se desvirtúe la naturaleza del proceso principal. A su vez, cada uno de estos mecanismos pueden utilizar para su funcionamiento interno tanto técnicas supranacionales como técnicas intergubernamentales, especialmente en la adopción de decisiones.

Nótese, entonces, que son varios los términos que van a estar relacionándose permanentemente en este capítulo: integración, supranacionalidad, cooperación, intergubernamentalidad, la integración como proceso, la integración como resultado, entre otros, que trataremos de darle a cada uno su justa dimensión, sin confundirlos entre sí porque no significan lo mismo, al final de lo cual veremos cómo están presentes todos ellos en la Comunidad Andina a través del estudio que haremos de sus aspectos orgánicos, decisorios, financieros, de control y uno muy importante: la relación que se produce entre el derecho generado por la organización andina con los derechos nacionales de los Estados miembros, determinante para definir su naturaleza jurídica.

Intentaremos, en definitiva, aportar claridad y rigor a unos conceptos muy importantes como son la integración y la supranacionalidad, aplicables a cualquier proceso de creación de nuevas unidades territoriales para la realización común de ciertas actividades entre varios países. Pero

especialmente tendremos más luces sobre una organización internacional que tiene mucho que dar y que tiene una riqueza jurídica invaluable en estos temas, de la que el resto de las experiencias integradoras de América Latina deben aprender: la Comunidad Andina.

Abreviaturas utilizadas

AC	Acuerdo de Cartagena
AI	Acción de incumplimiento andina
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
AN	Acción de nulidad andina
BOE	Boletín Oficial del Estado español
CAF	Corporación Andina de Fomento
CAMRE	Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores
CPA	Consejo Presidencial Andino
CPCA	Corte Primera de lo Contencioso Administrativo
ECR	European Common Review
ETJA	Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
ETJE	Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
FLAR	Fondo Latinoamericano de Reservas
GOAC	Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena
IP	Interpretación prejudicial andina
LOPA	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela
RCA	Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina
RCAMRE	Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores
REC	Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes
RISG	Reglamento Interno de la Secretaría General de la Comunidad Andina
RITA	Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
RP	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia Comunidades Europeas
RPA	Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General
RSG	Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina
SAI	Sistema Andino de Integración
SPA-CSJ	Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEEA	Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TCPA	Tratado Constitutivo del Parlamento Andino
TJCA	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TTA	Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TUE	Tratado de la Unión Europea
UASB	Universidad Andina Simón Bolívar

I. Distribución de poderes y proceso decisorio

Es conveniente hacer el análisis del ámbito competencial de esta organización, así como el estudio de la labor del Tribunal de Justicia en esta materia, que es el órgano encargado de decir la última palabra en este aspecto. Para hacer este análisis tenemos que buscar en el Acuerdo de Cartagena (AC), y de alguna forma en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia (TTA), tal ámbito competencial, a la luz de las pautas que pudiera marcar el órgano jurisdiccional supremo, de acuerdo con los recursos cuyo conocimiento tiene atribuidos¹.

¹ Es importante destacar que la estructura orgánico-institucional diseñada por el Protocolo de Trujillo es bastante confusa ya que, por un lado, el Acuerdo de Cartagena, por primera vez desde 1969, dice en su artículo 5 que "[s]e crea la "Comunidad Andina", integrada por los Estados soberanos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración" y se precisa en el artículo 48 AC que "[l]a Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional".

Por otro lado, el mismo Acuerdo de Cartagena en su artículo 6 dispone que "[e]l Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones" y "tiene como finalidad permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman, para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración" (art. 7 AC).

Al mismo tiempo, el Acuerdo de Cartagena cuando describe a los órganos decisorios del proceso denominándolos "...de la Comunidad Andina", expresando además que son órganos de la Comunidad Andina (arts. 21, 29 y 40 AC), no así sus Instituciones consultivas y financieras, que son catalogadas por el Acuerdo como "instituciones del Sistema". Los órganos políticos como el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y el Parlamento Andino los denomina "andinos", aunque en el caso del Consejo Presidencial y el Parlamento son también catalogados como "órganos del Sistema" (arts. 11 y 42 AC).

José Luis Da Cruz Vilaça y José Manuel Sobrino Heredia, dos de los autores europeos que más han estudiado el proceso de integración andino, aprecian "un problema constante de articulación formal del Sistema Andino de Integración en el Acuerdo de Cartagena, lo que se obscurece en el Protocolo [de Trujillo] con la creación de la Comunidad Andina". Dicen estos autores que "esta peculiar estructura institucional no dejaba de recordar, en cierta forma, *el esquema en tres pilares del Tratado de la Unión Europea*, con las ambigüedades que ello comporta, pero, además, sin que existiese una disposición que, como el artículo C del TUE, *garantice la unidad institucional*".

Dicen Da Cruz Vilaça y Sobrino Heredia que, si bien en el Protocolo de Trujillo se corrigieron ciertos defectos de los documentos de trabajo que le dieron origen, "persisten ciertas dificultades, así en el Protocolo se mencionan a la Comunidad Andina y al Sistema Andino de Integración como si fueran dos realidades diferenciadas. Así, por un lado, se indica primeramente que se crea una Comunidad Andina, y, por otro lado, que en ella se integran los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración" y a continuación "se afirma que la Comunidad Andina es una Organización subregional dotada de personalidad jurídica internacional", pero al mismo tiempo se configura al Sistema Andino de Integración como el conjunto de órganos e instituciones andinos que, entre sus finalidades, tendrá la de promover la proyección externa del proceso de integración".

Con ello se produce, en criterio de Da Cruz Vilaça y Sobrino Heredia, opinión que compartimos, "un solapamiento de funciones agravado por el hecho de no poder definir con claridad el contorno jurídico de cada una de las dos realidades mencionadas". "En resumidas cuentas, creemos", continúan estos autores, "que siguen subsistiendo riesgos de confusión respecto a la denominación y concreción subjetiva internacional del proyecto de integración andino. En este sentido el Protocolo sigue padeciendo en nuestra opinión de tal defecto, acrecido por el hecho de que a lo largo de su texto, sus disposiciones unas veces se refieren a la Comunidad Andina y otras al Sistema Andino de Integración".

Agregan Da Cruz Vilaça y Sobrino Heredia, cerrando este punto, que "la ambigüedad que sigue persistiendo respecto de la difícil articulación entre la Comunidad Andina, el Sistema Andino de

1. El principio de atribución de competencias

Aunque el Acuerdo de Cartagena no lo dice expresamente², como desarrollaremos en el tercer capítulo, pero se deduce de la naturaleza jurídica de la organización que crea en la que está presente la supranacionalidad³, el principio fundamental a la hora de analizar la naturaleza competencial de la Comunidad Andina es que deberá actuar dentro de los límites de las competencias cuyo ejercicio tenga atribuido por los tratados constitutivos y de conformidad con los objetivos que el Acuerdo de Cartagena establece⁴, enunciados en los artículo 1 y 2⁵.

Integración y el Acuerdo de Cartagena, no obra en pro de la clarificación del funcionamiento del proceso integrador". En efecto, según estos autores, "entre estas realidades se establece, aparentemente, unas relaciones del tipo de las que existen entre, de un lado, el Tratado de Roma (modificado, en último lugar, por el Tratado de Maastricht [y por el Tratado de Ámsterdam]) y, de otro lado, la Comunidad Europea y la Unión Europea. Estas últimas organizaciones internacionales han sido creadas por los citados Tratados, que constituyen su base jurídica, pero que no deben ser confundidos con aquéllas. Así, si bien parece obvio que la Comunidad Andina ha sido creada por el Acuerdo de Cartagena (modificado en último lugar por el Protocolo de Trujillo [y por el Protocolo de Sucre que no ha entrado en vigencia]), en cambio ya no son tan obvias las relaciones entre la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración" (DA CRUZ VILAÇA, José Luis y José Manuel SOBRINO HEREDIA, "Del Pacto a la Comunidad Andina: el Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996, ¿simple reforma institucional o profundización en la integración subregional", *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, D-26, Madrid, 1996, pp. 85-138).

Nosotros, visto que la única claridad jurídica que hay en el Acuerdo de Cartagena sobre su estructura orgánico-institucional es que la Comunidad Andina es la organización subregional que tiene personalidad jurídica, que tiene naturaleza supranacional, que tiene órganos propios que dictan decisiones vinculantes y que el Sistema Andino de Integración es sólo un mecanismo de articulación de una serie de instituciones, cada una de las cuales tiene su propia personalidad jurídica y que se encontraban dispersas en este proceso de integración, fuera del Acuerdo de Cartagena por haberse creado con tratados y actos constitutivos distintos, a los fines de este trabajo nos referiremos siempre a la Comunidad Andina como la organización supranacional a la que pertenecen los órganos que estudiaremos a lo largo de esta investigación, la cual está complementada por una serie de instituciones independientes de los órganos mencionados que podrían constituir lo que en Europa se llaman los pilares extracomunitarios del proceso de integración. Por lo tanto no es objeto de este estudio el Sistema Andino de Integración en sí mismo considerado en virtud de que los aspectos jurídicos que realmente nos interesa analizar están contenidos en la Comunidad Andina.

² Lo que sí hace el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) cuando en su artículo 5 dice que "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los ámbitos que éste le asigna".

³ Es justamente la presencia de supranacionalidad en la Comunidad Andina la que ha permitido a su Tribunal de Justicia establecer la aplicación del principio de atribución de competencias como veremos más adelante, aunque el Acuerdo de Cartagena no lo haya establecido expresamente.

⁴ Según el artículo 3 AC, "[p]ara alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

- a) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes;
- b) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización regional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial;

Este principio de atribución limitada de competencias en función de determinados objetivos⁶, operativo a través de los poderes concretos otorgados a los órganos comunitarios por el Acuerdo de Cartagena, es flexibilizado en algunos casos. En efecto, la Comisión andina, que originalmente tenía

-
- c) Un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo de 1980;
 - d) Un Arancel Externo Común, cuya etapa previa será la adopción de un Arancel Externo Mínimo Común;
 - e) Programas para acelerar el desarrollo de sectores agropecuario y agroindustrial;
 - f) La canalización de recursos internos y externos a la Subregión para proveer el financiamiento de las inversiones que sean necesarias en el proceso de integración;
 - g) La integración física; y
 - h) Tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y el Ecuador.

Complementariamente a los mecanismos antes enunciados, se adelantarán, en forma concertada, los siguientes programas y acciones de cooperación económica y social:

- a) Acciones externas en el campo económico, en materias de interés común;
- b) Programas orientados a impulsar el desarrollo científico y tecnológico;
- c) Acciones en el campo de la integración fronteriza;
- d) Programas en el área de turismo;
- e) Acciones para el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente;
- f) Programas en el campo de los servicios;
- g) Programas de desarrollo social; y
- h) Acciones en el campo de la comunicación social."

⁵ "Artículo 1.- El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

Artículo 2.- El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los Países Miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos. Los resultados de dicho proceso deberán evaluarse periódicamente tomando en cuenta, entre otros factores, sus efectos sobre la expansión de las exportaciones globales de cada país, el comportamiento de su balanza comercial con la Subregión, la evolución de su producto territorial bruto, la generación de nuevos empleos y la formación de capital."

⁶ La expresión aparece en ALONSO GARCIA, Ricardo, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 529.

el monopolio legislativo del Acuerdo⁷, tiene la posibilidad de "[a]doptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino", de conformidad con el artículo 22, literal b) AC, sin que diga expresamente el Acuerdo cuáles son esas posibles medidas. De la misma manera, otro órgano decisorio de la Comunidad Andina, el Consejo Andino de Ministros Relaciones Exteriores (CAMRE), también tiene una facultad similar en el artículo 16, literal g) AC, que dispone que corresponde a este órgano "...adoptar las medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena, en el ámbito de su competencia"⁸.

Así las cosas, la Comunidad Andina no puede actuar con fines distintos a los objetivos que establecen los artículos 1 y 2 AC y en todo caso para alcanzar el establecimiento de un mercado común latinoamericano a través de una unión aduanera. En el marco de estos objetivos esta organización podrá hacerlo a través de las competencias que le atribuye el artículo 3 y de los poderes otorgados específicamente por el resto del articulado del Acuerdo de Cartagena⁹.

Ocurre en la Comunidad Andina lo que ha destacado Hartley en el contexto de las Comunidades Europeas. Según este autor, la Comunidad Europea está basada en el principio de poderes limitados, que significa que los órganos comunitarios no tienen poderes inherentes sino que poseen sólo aquellos que le han conferido los Estados miembros, y los poderes así conferidos son limitados en su alcance. No obstante, si bien es indudable que la Comunidad no tiene poderes inherentes y debe mantenerse dentro de los que les han conferidos los tratados, la significación práctica de esta afirmación se ha visto reducida en la práctica debido fundamentalmente a dos factores: en primer lugar, las atribuciones de los tratados han sido interpretadas de una manera

⁷ Hoy, desde 1997 cuando entró en vigencia el Protocolo de Trujillo, la Comisión perdió el monopolio legislativo en la Comunidad Andina ya que tiene que compartir las facultades de este tipo con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y con los Estados miembros.

⁸ Estas disposiciones del Acuerdo de Cartagena equivalen al artículo 308 TCE que expresa que "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes".

⁹ Para F. V. García-Amador, el "sistema de atribución de competencias del Pacto Andino, en efecto, se aprecia más cabalmente cuando se las examina según su carácter normativo (y reglamentario), ejecutivo o de otra índole, excluyendo en la medida de lo posible lo relativo a los poderes conferidos a los órganos subregionales para el ejercicio de tales competencias" (GARCIA-AMADOR, F. V., *El ordenamiento jurídico andino. Un nuevo derecho comunitario*. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977, p. 114). De cada una de estas competencias, englobadas en lo que llamamos funciones políticas, normativas y ejecutivas nos ocuparemos más adelante en este capítulo.

amplia, en parte por la teoría de los poderes implícitos; en segundo lugar, no todas las previsiones de los tratados son de esta naturaleza limitada¹⁰.

Ciertamente, las competencias de la Comunidad Andina funcionan a través de la interpretación amplia de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, de acuerdo con los artículos 1 y 2 del mismo, y como consecuencia de ello, hay una "extensión de la potencialidad aplicativa, desde una perspectiva material"¹¹ de los diversos artículos del Acuerdo otorgando poderes de acción a la Comunidad, todo lo cual lleva a incluir en la atribución de ejercicio de competencias no sólo los poderes expresamente otorgados sino los que a partir de ellos implícitamente se deriven¹², que le permite a los órganos decisorios andinos actuar si ello es necesario para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena¹³.

De la misma manera, ciertos órganos comunitarios parecen no tener competencias limitadas sino todo lo contrario: disfrutan de unas posibilidades de actuación muy amplias porque así lo ha dicho expresamente el Acuerdo de Cartagena, como sucede con el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores¹⁴ y la Comisión¹⁵ como ya señalamos, que pueden adoptar Decisiones en un espectro muy amplio de situaciones con la única condición de que ello contribuya también a cumplir con los objetivos del proceso de integración andino.

¹⁰ HARTLEY, T. C., *The Foundations of the European Community Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 110-111.

¹¹ Expresión tomada de ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 541, para las Comunidades Europeas.

¹² Esta tesis se ve reforzada con ciertas disposiciones que le permiten a los órganos comunitarios actuar en circunstancias no expresamente establecidas en el derecho originario, pero que los objetivos del Acuerdo sí permiten. Ello se observa en el artículo 16, literal k) AC, que establece que corresponde al CAMRE "Conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común, en el ámbito de su competencia"; en el artículo 22, literal b) AC, según el cual corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina "Adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino"; y el artículo 1 del Reglamento de la Secretaría General de la Comunidad Andina (RSG) que dispone que "La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina encargado, dentro del ámbito de sus competencias, de administrar el proceso de la integración subregional andina, de resolver los asuntos sometidos a su consideración, de velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios y con capacidad para presentar iniciativas y propuestas de Decisión".

¹³ Para Ricardo Alonso García, tomando en cuenta a Hartley, la llamada "doctrina de los poderes implícitos" tradicionalmente ha encerrado una doble formulación, una amplia y otra restrictiva: "de acuerdo con la primera, la existencia de un *objetivo* dado implicaría la existencia de cualquier otro poder razonablemente necesario para alcanzarlo (...); conforme a la segunda (...), la existencia de un *poder* dado implicaría también la existencia de cualquier otro poder razonablemente necesario para el ejercicio de aquél" (ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 538).

¹⁴ Véase artículo 16, literal k) AC.

¹⁵ Véase artículo 22, literal b) AC.

2. El principio de equilibrio orgánico

Nos hemos referido hasta ahora en este análisis de las competencias de la Comunidad Andina a la llamada competencia *externa*. La competencia *interna*, esta es, la que tiene cada órgano comunitario, está delimitada por otros principios, cuyo desarrollo también provienen del derecho europeo.

En efecto, el artículo 7 TCE dispone que cada órgano "actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado". Una norma similar de características generales no existe en los tratados de la Comunidad Andina, pero se puede inferir de la redacción de los artículos que establecen las competencias de cada órgano del Acuerdo de Cartagena y considerando además que existe supranacionalidad en esta Comunidad, que la idea de los redactores de los tratados constitutivos fue la misma que la de los europeos ya que cada órgano tiene asignadas competencias específicas de manera explícita en el Acuerdo, los que siendo adicionalmente de naturaleza pública, en este caso comunitaria, sólo pueden actuar de acuerdo con lo que los tratados le permitan¹⁶.

Así las cosas, resulta procedente deducir que los órganos andinos deben regirse, no solamente por el principio de atribución de competencias como vimos antes, sino también por otros que intentan que el funcionamiento interno de las comunidades supranacionales sea realizado de manera pacífica. Es el caso del principio de equilibrio institucional, que en el ámbito andino preferimos llamarlo de equilibrio orgánico visto que la expresión recogida en la Comunidad Andina es la de "órganos" en lugar de "instituciones", según el cual cada órgano debe tener en cuenta a la hora de actuar los poderes y prerrogativas de los demás, "sin que pueda arrogar facultades a expensas de ellas"¹⁷.

¹⁶ Para F. V. Amador, "[e]n el sistema institucional andino las estrechas relaciones que existen entre los distintos órganos subregionales juegan un papel clave". Dice este autor que estas relaciones "están explícitamente previstas y reguladas en el Acuerdo de Cartagena y en los reglamentos de los órganos" y "configuran a menudo el ejercicio de competencias y facultades atribuidas a tales órganos; esto ocurre, especialmente en las relaciones entre la Comisión y la Junta [hoy Secretaría General], las cuales se fundan en el sistema o principio del "equilibrio institucional" de que habló el Comité de Expertos que redactó el proyecto de acuerdo subregional".

Este equilibrio institucional se evidencia para este autor "principalmente en el mecanismo de las proposiciones que la Junta ha de hacer a la Comisión", en lo que estamos de acuerdo, aunque hoy ha variado de alguna forma con la creación de la Secretaría General, que ya no tiene el monopolio de iniciativa legislativa como luego veremos, pero ello no afecta esta conclusión. Salvo escasas excepciones, la Comisión adopta sus Decisiones "a propuesta de la Secretaría General", es decir, como dice García-Amador, "que en las materias o asuntos sustantivos, ambos órganos ejercen una especie de competencia concurrente". De ahí que desde que se convino el texto final de llamado Pacto Andino haya podido decirse, como lo destaca este autor, que "ambos órganos concurren en la formación de las decisiones produciendo una síntesis entre el interés nacional y el comunitario; tal síntesis se asegura a través del mecanismo de las proposiciones, que es la piedra angular del equilibrio institucional" (GARCIA-AMADOR, *ob. cit.*, pp. 84-85).

¹⁷ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 50-51.

Este es un principio que encuentra su terreno operativo natural en las llamadas *zonas grises* del sistema comunitario, en las que los tratados no se pronuncian de una manera clara e inequívoca sobre la titularidad de una competencia, ya que cuando tal titularidad se encuentra bien delimitada pero es ejercida por quien no le corresponde, lo que sucede en este caso es que hay una violación del principio de atribución de poderes.

Así las cosas, cuando se producen estas "zonas grises" es un principio como el del equilibrio orgánico el que ayuda a desentrañar la duda porque cada órgano debe tomar en cuenta a la hora de actuar los poderes y prerrogativas de los demás para no arrogar facultades a expensas de ellos y de las dudas que en ciertas situaciones se planteen. Sin embargo, en muchos de estos casos, el principio de equilibrio orgánico no será suficiente sino que se tendrá que recurrir al que veremos a continuación.

3. El principio de cooperación leal interorgánica

Tal como sucede en las Comunidades Europeas, el Acuerdo de Cartagena no tiene prevista una disposición de carácter general que regule las relaciones interorgánicas, similar a la que se tiene prevista en el Tratado de Creación del Tribunal para las relaciones entre los Estados miembros¹⁸, que equivale al artículo 5 TCE¹⁹.

Sin embargo, sí encontramos preceptos en los tratados constitutivos en los que se establecen mecanismos específicos de cooperación entre los órganos andinos, como es el caso del literal b) del artículo 16 AC, que ordena la necesaria coordinación entre el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión para que el primero formule, ejecute y evalúe la política general del proceso de la integración subregional andino²⁰.

¹⁸ El artículo 4 TTA dispone que "Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Finaliza este artículo diciendo que "Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación".

¹⁹ El artículo 5 TCE establece que "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión".

El mismo artículo finaliza diciendo que "Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado".

²⁰ Igual se puede decir del literal a) del artículo 22 AC que dispone que corresponde la Comisión de la Comunidad Andina "Formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones y cuando corresponda, *en coordinación* con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores"; el literal g) del mismo artículo 22 AC que establece "Mantener una vinculación permanente con los órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de

Ahora bien, donde el derecho originario andino guarda silencio es cuando se plantea la existencia o no de un principio general de cooperación interorgánica que impondría a los órganos la obligación de llegar a acuerdos con los que completar las insuficiencias de los tratados²¹. A diferencia del principio de atribución de competencias y el de equilibrio orgánico, de naturaleza esencialmente negativa porque predicen la obligación de abstenerse y resulta aplicable a todos los órganos, el principio de cooperación "impone el deber *positivo* a las instituciones *políticas* de poner en marcha mecanismos que permitan asegurar un correcto funcionamiento de la estructura interinstitucional comunitaria"²².

Afortunadamente, esta falta de establecimiento de un principio general de cooperación interorgánica se ha subsanado con normas específicas de funcionamiento entre ciertos órganos. Así, el Acuerdo de Cartagena ha dejado claro que se deben respetar las competencias entre el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, por coincidir en ellos facultades en determinadas materias. Además, jerárquicamente hablando, ninguno de ellos está por encima del otro, por lo que el Acuerdo ha querido que a través de la coordinación no haya invasión de competencias y sí respeto de ellas²³.

De la misma manera, el Acuerdo de Cartagena ha establecido para la Comisión y la Secretaría General mecanismos similares que promuevan el entendimiento entre estos órganos comunitarios como es la Comisión Ampliada, "con el fin de tratar asuntos de carácter sectorial,

Integración, con miras a propiciar la *coordinación* de programas y acciones encaminadas al logro de sus objetivos comunes"; el artículo 27 del TTA que expresa que "Si dicho País Miembro no cumpliera la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y *previa opinión* de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá *restringir* o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al País Miembro remiso".

²¹ Lo que se hace especialmente necesario en ciertos supuestos o "zonas grises" donde el Acuerdo de Cartagena no ha sido suficientemente claro como es la determinación de la competencia en materia de política exterior cuando se trata de aspectos comerciales (Política Comercial Común) ya que tanto el CAMRE como la Comisión se consideran competentes para regularlo por Decisiones porque el artículo 16, literal a) AC ("Formular la política exterior de los Países Miembros en los asuntos que sean de interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración;") y el artículo 22, literal a) AC, (Formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones y cuando corresponda, en coordinación con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores) parecieran darle tal competencia a uno y a la otra.

²² ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 55.

²³ Para esto el Protocolo de Trujillo ha creado el mecanismo de la reunión ampliada del CAMRE (art. 20 AC), que permite que este órgano se reúna con los representantes titulares ante la Comisión por lo menos una vez al año y a nivel de alternos "cada vez que lo considere necesario, a fin de tratar asuntos relativos al Acuerdo de Cartagena que sean de interés de ambos órganos".

considerar normas para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de políticas económicas de los Países Miembros, así como para conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común" (art. 25 AC)²⁴.

4. El principio de división de poderes

En el sistema comunitario andino, al igual como sucede en las Comunidades Europeas, la clásica trilogía de poderes legislativo-ejecutivo-judicial no se encuentra presente ya que se trata, la Comunidad Andina, de una organización que es integradora de Estados y no de individuos como sucede en los Estados modernos²⁵.

Los sistemas constitucionales de los Estados miembros están fundados en el principio de separación de poderes, que en su simple y más rígida versión atribuía al Parlamento, el cuerpo representativo popular electo por el voto universal, el desarrollo de las opciones políticas previstas por la Constitución, y la implementación normativa de los actos parlamentarios y su ejecución material correspondían al Gobierno y a la Administración, bajo el control de un Poder Judicial

²⁴ El artículo 25 AC dispone lo siguiente:

"El Presidente de la Comisión, a solicitud de uno o más de los Países Miembros o de la Secretaría General convocará a la Comisión para que se reúna como Comisión Ampliada, con el fin de tratar asuntos de carácter sectorial, considerar normas para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros, así como para conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común.

Dichas reuniones serán presididas por el Presidente de la Comisión y estarán conformadas conjuntamente por los representantes titulares ante ésta y los Ministros o Secretarios de Estado del área respectiva. Se ejercerá un voto por país para aprobar sus Decisiones, las que formarán parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina."

²⁵ Para Ricardo Alonso García, en la Comunidad Europea el sistema comunitario de fuentes del Derecho es "confuso" y hay un "*sui generis* reparto institucional de poderes en la Comunidad", en el que "tanto el Consejo como la Comisión y el Parlamento participan en la elaboración de las normas comunitarias a través de distintos procedimientos, con diferente peso de cada Institución según el procedimiento en cuestión. Así, el Consejo decide en unos casos por mayoría simple, en otros por mayoría cualificada y en otros por unanimidad. Los poderes del Parlamento, por su parte, varían según deba seguirse el procedimiento de dictamen consultivo o el de dictamen conforme, o el procedimiento de cooperación o el de codecisión. Finalmente la Comisión, aun teniendo atribuido el monopolio de iniciativa, rodea sus propuestas de un tono más o menos ambicioso en función del marco negociador en el que se vayan a desenvolver, esto es, en función del *modus operandi* que en cada caso vaya a presidir las intervenciones del Consejo y del Parlamento; a ello debe añadirse que los distintos procedimientos decisorios hacen también variar las facultades de modificación y retirada de sus propuestas. También en el escalón de la ejecución normativa de la legislación comunitaria por las propias Instituciones comunitarias se reproduce en cierta medida y aún se complica más, el juego interinstitucional con la Comisión en un papel de ejecutora material, sin llegar a descartar la intervención del Consejo directa e indirectamente, en este último caso en el contexto de la denominada *Comitología* (...) por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, en el que muy suavemente el Parlamento está asimismo presente (ALONSO GARCIA, Ricardo, "Actividad judicial v. Inactividad normativa", *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 151, Madrid, 2000, pp. 82-83).

independiente. Sin embargo, con el tiempo esta versión de la separación de los poderes se ha convertido en algo más complejo, tanto que ahora es difícil describirlo en esos términos. Esto porque en ciertos sistemas constitucionales, el Gobierno puede dictar medidas generales con la fuerza de los actos parlamentarios y en relación a materias específicas, tanto cuando es autorizado por el Parlamento a hacerlo o en casos de urgente y extrema necesidad. Ocasionalmente el Gobierno puede basar sus acciones directamente en la Constitución, con lo cual estos actos no están subordinados a los actos parlamentarios.

Así las cosas, puede afirmarse que la división de poderes está todavía en vigencia, aún cuando las líneas de la división entre ellos son ahora más difusas.

Ahora bien, el proceso legislativo comunitario europeo descansa en torno a un Consejo cuya composición es intergubernamental y cuya legitimidad democrática es indirecta por naturaleza, afectada por el control que los Parlamentos nacionales ejercen sobre los miembros del Consejo. En adición, también participan en el proceso legislativo, con diferente peso de acuerdo con el tipo de procedimiento legislativo empleado, el Parlamento Europeo, lo que no ocurre en la Comunidad Andina con el Parlamento Andino como vamos a ver. Esta institución no representa a los pueblos europeos, pero a través de él los pueblos de los Estados miembros pueden ejercer presión sobre la Comunidad Europea.

Finalmente, aunque en casos excepcionales, la Comisión europea tiene un poder normativo original, destinado a desarrollar los Tratados directamente y participa también junto con el Parlamento y el Consejo en el proceso normativo general, teniendo un monopolio esencial en la iniciativa legislativa. Pero la participación de la Comisión en el proceso decisorio comunitario no termina aquí porque su derecho de iniciativa legislativa se ve reforzado con la obligación del Consejo de lograr un voto unánime cuando éste intenta introducir enmiendas en una propuesta de la Comisión y se reconoce el poder de la Comisión de alterar su propuesta en cualquier momento durante el proceso de adopción de un acto comunitario si el Consejo todavía no ha dictado el acto. A este poder de modificación se agrega el derecho de la Comisión de retirar la propuesta.

Como puede verse, la función legislativa en el sistema comunitario europeo no descansa en una sola institución, el Parlamento, como sucede en la mayoría de los sistemas constitucionales, sino en las tres instituciones comunitarias, cada una con un peso específico que varía de acuerdo con el procedimiento legislativo empleado²⁶.

²⁶ Para profundizar sobre este tema, ver ALONSO GARCIA, Ricardo, "Community and National Legal Orders: Autonomy, Integration and Interaction", *Collected Courses of the Academy of European Law*, Academy of European Law, Vol. VII, Book 1, The Netherlands, 1999, pp. 59-183.

Por lo que se refiere al ámbito comunitario andino, no existe un poder legislativo como cuerpo representativo popular, elegido a través del sufragio directo y encargado de actuar con las atribuciones que le permite la Constitución, que generalmente son normativas y de control a los demás poderes. El Parlamento Andino no tiene atribuido este papel ni con carácter exclusivo, ni con carácter preponderante, ya que no participa en los procesos decisorios andinos²⁷. Tal papel está atribuido a la Comisión, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Secretaría General.

En los procesos decisorios andinos participa, esta vez con facultades de propuesta, la Secretaría General, además de actuar con los aludidos poderes normativos autónomos en ciertos casos²⁸, y los Estados miembros, todo lo cual diluye cualquier aproximación a la división de poderes, tanto desde una perspectiva orgánica como funcional, como sucede en las Comunidades Europeas.

Lo mismo se puede decir del poder ejecutivo, el cual, si bien en principio es ejercido en la Comunidad Andina por la Secretaría General²⁹; este órgano, no obstante, es fuertemente controlado por la Comisión y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de tal manera que casi parece estar subordinado a éstos, los que, además, pueden también proceder por sí mismos a tareas de ejecución de las normas comunitarias, aún las dictadas por ellos mismos, si así lo consideran conveniente, sin recurrir a la Secretaría General.

²⁷ Según el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino (TCPA) (art. 13), son atribuciones de este órgano principal de la Comunidad Andina: "a) Examinar la marcha del proceso de integración subregional a través de informes anuales de los órganos de los Convenios y Acuerdos Andinos y de las informaciones que juzgue conveniente solicitarles; b) Mantener relaciones de cooperación con los Parlamentos de las Partes Contratantes o de otros países con respecto a las materias previstas en este Tratado; y, c) Proponer medidas y sugerencias que coadyuven a la aproximación de las legislaciones de las Partes Contratantes". El artículo 14 TCPA dispone que el Parlamento Andino se pronunciará a través de recomendaciones que serán adoptadas "por mayoría de dos tercios de votos". Como puede verse, en ninguna de sus funciones aparece alguna en la que el Parlamento Andino tenga facultades decisorias, ni coparticipa en las funciones de esta naturaleza que tienen los demás órganos comunitarios.

²⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 101 AC que establece que "La Comisión y la Secretaría General adoptarán las medidas necesarias para acelerar el desarrollo agropecuario y agroindustrial de Bolivia y el Ecuador y su participación en el mercado ampliado". Igualmente, el artículo 113 AC dispone que "Corresponderá a la Secretaría General fijar requisitos específicos de origen para los productos que así lo requieran" y "Cuando en un Programa de Integración Industrial sea necesaria la fijación de requisitos específicos, la Secretaría General deberá establecerlos simultáneamente con la aprobación del programa correspondiente".

²⁹ Según el artículo 29 AC, "La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y en tal carácter actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión". En el mismo sentido, el artículo 30, literal b), AC establece que son funciones de la Secretaría General, entre otras, "Atender los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión", siendo éstos los órganos legislativos principales de la Comunidad, por lo que se puede interpretar que esta disposición equivale al artículo 211 TCE que dispone que la Comisión europea "ejercerá las competencias que el Consejo le atribuya para la ejecución de las normas por él establecidas".

Al mismo tiempo, la Secretaría General, como ocurre con la Comisión europea, se desmarca de este puro papel de subordinación frente al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión³⁰ al tener encomendada por el propio Acuerdo de Cartagena, en interés de la Comunidad, la función guardiana de los tratados constitutivos cuando el Acuerdo de Cartagena le atribuye la misión de velar "por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" (art. 30, lit. a) AC), lo que es aplicable tanto sobre el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, como para la Comisión, como sobre el Parlamento Andino, correspondiendo al respecto la última palabra de esta función guardiana al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Solamente el poder judicial, al igual como sucede en los sistemas jurídicos nacionales, está concentrado en el órgano jurisdiccional andino, el cual mantiene el monopolio exclusivo para interpretar el derecho comunitario y de conocer los recursos para el ejercicio del control de la constitucionalidad y legalidad de los actos de los órganos andinos, además de conocimiento de las acciones para determinar el cumplimiento del derecho comunitario por los países miembros. No obstante, pese a que el Tribunal de Justicia monopoliza la función jurisdiccional en la organización, en el poder judicial andino, como sistema que es, es esencial el papel que en la aplicación del derecho comunitario hacen los jueces nacionales, en estrecha relación con aquél a través de la interpretación prejudicial, caracterizado no por el principio de jerarquía sino por el de cooperación.

Esta visión de la división de los poderes en la Comunidad Andina debe ser completada con la existencia de un reparto de poder entre la organización y los Estados miembros en sentido vertical, aunque en menor intensidad que en Europa al no existir la figura de las Directivas comunitarias. Le corresponde a estos últimos de manera casi exclusiva la ejecución material de las disposiciones comunitarias

³⁰ Esta subordinación del órgano ejecutivo era muy acentuada en el Acuerdo de Cartagena antes de ser reformado por el Protocolo de Trujillo ya que la Junta, que en aquella época se llamaba "órgano técnico del Acuerdo" (art. 13 AC), tenía como atribuciones, entre otras, "cumplir los mandatos de la Comisión", "[e]fectuar los estudios técnicos que le encomiende la Comisión", "[e]jercer las atribuciones que le delegue la Comisión", "[d]esempeñar las funciones de Secretariado Permanente del Acuerdo...", "[e]laborar su reglamento y someter a la Comisión la elaboración del mismo o sus modificaciones", "[p]resentar a la Comisión el proyecto de presupuesto anual", "[e]laborar su programa anual de labores, en el cual incluirá preferentemente los trabajos que le encomiende la Comisión", "[p]resentar un informe anual de sus actividades a la Comisión", "[p]roponer a la Comisión la estructura orgánica de sus departamentos técnicos y las modificaciones que estime convenientes" (art. 15, lits. b), g), h), i), j), k), l), ll) y m), AC). Por otra parte, a la Comisión le correspondía "[i]mpartir instrucciones a la Junta" y "[d]elegar sus atribuciones en la Junta cuando lo considere conveniente" (art. 7, lits. d) y e), AC). Esta subordinación se ha suavizado en el Protocolo de Trujillo, aunque sigue existiendo, especialmente porque ya la Comisión no es el único órgano legislativo del Acuerdo y se ha creado el Sistema Andino de Integración (S.A.I.).

Así las cosas, lo que realmente existe en la Comunidad Andina son una serie de funciones, como son la política, la normativa y la ejecutiva o administrativa, que son ejercidas indistintamente por los órganos principales de la organización, sin que haya separación de poderes entre ellos sino que el ejercicio de cada una de tales funciones las hacen los órganos andinos de acuerdo con las atribuciones que le otorgan los tratados, pero sin perjuicio de que los otros órganos también tengan atribuciones en las mismas funciones³¹. Se exceptúa de esta afirmación, como señalamos, a la función jurisdiccional, la cual está concentrada en el Tribunal de Justicia, sin posibilidad de que otro órgano la ejerza.

Como puede observarse, ocurre en la Comunidad Andina lo que ciertos autores destacan como una particularidad del sistema comunitario europeo. En las Comunidades Europeas, el poder normativo descansa, aunque con distinto peso, en tres instituciones: el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo³². En la Comunidad Andina ello sucede en el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General. Todos ellos, por lo demás, acompañados en ocasiones por el Tribunal de Justicia con su actividad jurisdiccional, el cual realiza, siempre dentro de esta función, intervenciones de naturaleza legislativa y actúa algunas veces como constituyente. La estructura institucional comunitaria europea, como la orgánica andina, muestra que difiere no solo de las organizaciones internacionales clásicas, sino también de los sistemas constitucionales de los Estados miembros³³.

³¹ F. V. García-Amador prefiere hablar de competencias de distinta índole, que para él son las normativas, las ejecutivas y las judiciales. Respecto a las normativas, este autor considera que "en su mayoría están concebidas como un mandato específico, incluso con un plazo dentro del cual deben cumplirse". Estos plazos, para este autor, "están relacionados con los estipulados en el Acuerdo para el cumplimiento de obligaciones de los países miembros". "Ahora bien", continúa García-Amador, "independientemente de cual haya sido el propósito del Acuerdo al respecto, la práctica reiterada de los órganos ha demostrado que, en general, este tipo de competencia no se agota o extingue luego de haberse cumplido el respectivo mandato. Otras competencias, en cambio, están concebidas del modo usual, en el sentido de que, independientemente de que estén referidas o no a materias concretas, no están concebidas en términos de un mandato, que ha de cumplirse dentro de un plazo fijo. Aparte de estas dos formas que adoptan las competencias normativas cabe señalar la modalidad constituida por la potestad reglamentaria, la cual, como se verá oportunamente, desempeña un rol muy destacado en el ordenamiento jurídico andino" (GARCIA-AMADOR, *ob. cit.*, p. 114).

³² En la Comunidad Andina este proceso legislativo descansa básicamente, aunque con distinto peso, en el CAMRE, la Comisión y la Secretaría General, sin que participe de manera relevante el Parlamento Andino. Los dos primeros hacen el papel de lo que en las Comunidades Europeas realiza el Consejo, y la Secretaría General de la Comunidad Andina equivale a la Comisión europea.

³³ Así se expresa ALONSO GARCIA, *Community and National Legal Orders...*, pp. 68-69.

5. El poder de impulso político

En la Comunidad Andina, el poder de impulso político más importante está en manos del Consejo Presidencial Andino (CPA), el cual es catalogado por el propio Acuerdo de Cartagena como "el máximo órgano del Sistema Andino de Integración" (art. 11 AC) y es el encargado de "Definir la política de integración subregional andina" (art. 12, lit. a) AC). Sin embargo, este impulso político también puede ser llevado a cabo, aunque con menor intensidad, por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina.

El Consejo Presidencial Andino está conformado por los Jefes de Estado de los países miembros y emite Directrices sobre los distintos ámbitos de la integración subregional andina, "las cuales son instrumentadas por los órganos e instituciones del Sistema que éste determine, conforme a las competencias y mecanismos establecidos en sus respectivos Tratados e Instrumentos Constitutivos" (art. 11 AC). Los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración "ejecutarán las orientaciones políticas contenidas en las Directrices emanadas del Consejo Presidencial Andino" (art. 11 AC)³⁴.

³⁴ En el Acuerdo de Cartagena de 1969, el máximo órgano político era la Comisión, la cual, si bien tenía una función técnico-económica muy importante, estaba constituida, según el tratado, como en la actualidad, por los Ministros representantes de los Estados miembros, sin indicar ningún área específica. Algunos autores la catalogaban como un órgano "con carácter político normativo" (PICO MANTILLA, Galo, *Derecho Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1992, p. 17). Según algunos, al comienzo de la andadura del Acuerdo de Cartagena, el proceso estuvo principalmente dirigido desde el punto de vista político por los Ministros de Relaciones Exteriores, para luego pasar a manos de los Ministros de Industria y Comercio, como fue hasta el Protocolo de Trujillo (DA CRUZ VILAÇA y José Manuel SOBRINO HEREDIA, *ob. cit.*, p. 102).

Sin embargo, este órgano se dirigió a ser un órgano más técnico que político ya que, si bien podía estar conformado por cualquiera de los ministros de cada país, en la práctica pasó a estar integrado en forma fija por los Ministros de Industria y Comercio o sus equivalentes, que tradicionalmente son los más técnicos de cualquier gabinete ministerial, los de menos peso político en los mismos y a la larga se apropiaron en sus países de todo lo que tenía que ver con la integración andina, motivo por el cual monopolizaron la función en esta área e impidieron que cualquier otro ministro con más peso político participara en las reuniones de este órgano. Esto dificultó que existiera en la Comunidad Andina un poder de impulso político propio, lo que se ha tratado de corregir con la incorporación del CPA y el CAMRE como órganos principales de la Comunidad Andina desde 1997. Además, aunado a lo anterior, el Acuerdo de Cartagena estaba más dirigido a ser un tratado económico, en el que los aspectos políticos eran, si se quiere, secundarios, lo cual a la larga ha sido un gran error de concepción.

Esta falta de impulso político en los órganos del Acuerdo de Cartagena fue una de las causas de que este proceso pasara por periodos críticos muy graves que casi acabaron con su existencia (en este sentido, Manuel Pérez González en DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 609) y fue por eso que, luego de que en 1979 fue creado el Consejo de Cancilleres (hoy CAMRE), en 1989 los Presidentes andinos comenzaron a reunirse periódicamente en famosas "Cumbres" para tratar aspectos de la integración andina y constituyeron formalmente en 1990 el CPA (lo que destaca como un logro Manuel Pérez González en DIEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 604), que luego el Protocolo de Trujillo de 1996 se encargó de incorporar como órgano máximo de la Comunidad Andina, inclusive sobre la Comisión y el CAMRE, este último también constitucionalizado (la expresión es de Manuel Pérez González en DIEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 608) como órgano principal de la Comunidad Andina en el mismo Protocolo de Trujillo, para darle así una definitiva presencia al elemento político intergubernamental en este

No obstante, el impulso político de la Comunidad Andina también lo puede ejercer, en un nivel menor que el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores³⁵ ya que, además del hecho de estar constituido por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros, que tienen un gran poder político por regla general en los Estados miembros, le corresponde la importante tarea de formular la política exterior de los países miembros en los asuntos que sean de interés subregional (art. 16, lit. a) AC) y dar cumplimiento a las Directrices que le imparte el Consejo Presidencial Andino (art. 16, lit. c) AC), que como vimos son de eminente carácter político³⁶.

Por el carácter político del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que coexiste con la naturaleza normativa de muchas de sus funciones, este órgano se puede expresar, por un lado, mediante Declaraciones, que sólo tienen contenido político y no forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (art. 1 TTA), y por el otro por Decisiones, de contenido jurídico vinculante, que deben ser adoptadas por consenso (art. 17 AC), en lo cual se manifiesta la naturaleza esencialmente intergubernamental de este órgano.

Así pues, el poder de impulso político de la Comunidad Andina se manifiesta por regla general con actos que no tienen contenido jurídico y que, por lo tanto, no forman parte del derecho

proceso, lo que ha mejorado notablemente los resultados del Acuerdo de Cartagena desde inicios de los noventa (resultados éstos también destacados por Manuel Pérez González en DIEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 604).

Da Cruz Vilaça y Sobrino Heredia destacan que durante la que ellos llaman la sexta fase de la integración andina hubo una "revitalización de la dinámica integracionista, que va acelerándose hasta su posterior ralentización a finales de 1991". Es este período el más fructífero según ellos ya que "se adoptan además del Protocolo de Quito, el Acta de Galápagos en 1989, el Acta de La Paz 1990 y el Acta de Barahona 1991", documentos éstos que, según estos autores, "expresan el interés por dotar al proyecto integrador de una dimensión política, lo que implica la intervención directa en el mismo de los Presidentes andinos a través del Consejo Presidencial Andino, fuente de la que empiezan a emanar las directrices impulsoras del proceso. Una serie de documentos emanados de las reuniones del Consejo Presidencial Andino según estos autores "han ido jalonando este difícil camino, reflejando un proceso de maduración política, favorable a la apertura al mundo, tendente a rescatar algunos pilares de la ortodoxia de la integración (Zona de Libre Comercio, Arancel Externo Común...) y a incorporar al proceso andino la dimensión política" (DA CRUZ VILAÇA y Sobrino Heredia, *ob. cit.*, p. 98).

³⁵ Según el artículo 1 del Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (RCAMRE), este Consejo "es el órgano de dirección política, encargado de asegurar la consecución de los objetivos del proceso de integración subregional andina y de formular y ejecutar la política exterior de la Comunidad Andina".

³⁶ Si bien el CAMRE fue creado formalmente en 1979, su incorporación a la Comunidad Andina, es decir, dentro del aparato orgánico del Acuerdo de Cartagena, no ocurre sino en el Protocolo de Trujillo de 1996, vigente desde 1997. Mientras ello ocurrió, la labor de este Consejo era estrictamente extracomunitaria y sólo tenía que ver con aspectos políticos generales de la integración andina, que no del Acuerdo de Cartagena. El impulso político de éste estaba en manos de la Comisión, que además tenía el monopolio legislativo en lo que ahora se llama Comunidad Andina.

andino, como son las Directrices del Consejo Presidencial Andino y las Declaraciones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Sin embargo, también puede haber de alguna manera impulso político para el proceso de integración en normas que forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina como son las Decisiones, tanto del mismo CAMRE como de la Comisión, motivo por el cual entre estos órganos debe haber siempre una labor de coordinación para que no haya invasión de competencias. Afortunadamente el Acuerdo de Cartagena ha ideado mecanismos para evitar estos problemas en ciertas "zonas grises" que pueden haber entre las competencias de ambos, como son las reuniones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada y la necesaria coordinación entre ambos (art. 20 AC).

5.1. La manifestación del poder de impulso político del Consejo Presidencial Andino: las Directrices

El Consejo Presidencial Andino ejerce su función política, la única que tiene, a través de las Directrices, que las puede emitir "sobre los distintos ámbitos de la integración subregional andina, las cuales son instrumentadas por los órganos e instituciones del Sistema que éste determine, conforme a las competencias y mecanismos establecidos en sus respectivos Tratados e Instrumentos Constitutivos" (art. 11 AC). Como lo dice el mismo artículo 11 AC, las Directrices contienen las "orientaciones políticas" emanadas del Consejo Presidencial Andino.

Para que el impulso político del Consejo Presidencial Andino pueda dar lugar a actos vinculantes para los Estados miembros y los ciudadanos, el Acuerdo de Cartagena ha previsto que las Directrices³⁷ sean instrumentadas normativamente y ejecutadas por los órganos andinos que el

³⁷ No dice nada el Acuerdo de Cartagena sobre la instrumentación y ejecución de las Declaraciones del CAMRE. Entendemos que respecto a estos actos políticos, la instrumentación puede corresponderle al mismo Consejo ya que puede dictar Decisiones en las áreas de sus competencias que forman parte del derecho andino, sin necesidad de tener que esperar a que otro órgano o institución lo haga, como sí lo necesita el Consejo Presidencial Andino, que no tiene competencia para dictar actos jurídicos de carácter vinculante. También puede suceder que el CAMRE decida dictar un acto político a través de una de sus Decisiones si ello le parece conveniente. Esto ha sucedido en la práctica y como ejemplo de esto tenemos la Decisión 458 de Lineamientos de la Política Exterior Común, en la cual, lejos de establecer disposiciones de carácter normativo de aplicación inmediata y directa, lo que hizo fue disponer la existencia de principios, objetivos y criterios políticos generales sobre la Política Exterior Común andina, la cual deberá ser llevada a cabo realmente por los Estados miembros a través de la concertación, la coordinación y la cooperación, al ser parte esta política del área no comunitaria de la Comunidad Andina.

Sin embargo, pudiera ser posible que la instrumentación jurídica de un acto político del CAMRE la haga la Comisión de la Comunidad Andina si esa instrumentación tiene más que ver con las competencias de ésta. Ahora bien, la aplicación administrativa de lo anterior debería corresponder por regla general a la Secretaría General de la Comunidad Andina al ser el órgano ejecutivo por excelencia de la organización como lo dice el artículo 29 AC, sin que ello obste para que el propio Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión puedan hacer alguna labor de este tipo si lo consideran conveniente, al no haber, como ya vimos, un principio de división de poderes en esta organización.

mismo CPA decida, de acuerdo con las competencias de aquéllos (art. 11 AC)³⁸. Esta labor de instrumentación y ejecución de las Directrices del Consejo Presidencial Andino le puede corresponder al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión (art. 22, lit. b) AC) y a la Secretaría General (art. 30, lit. b) AC) de acuerdo con sus competencias. La vigilancia de la ejecución de las Directrices presidenciales que estén dirigidas a otros órganos o instituciones andinos le corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (art. 16, lit. c) AC).

Justamente por contener sólo orientaciones políticas sin ningún contenido jurídico, las Directrices deberán ser instrumentadas por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración que les corresponda, instrumentación ésta que será la que produzca normas jurídicas vinculantes. Por ello, las Directrices en sí mismas no forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que solamente está conformado por el llamado derecho originario, primario o constitucional, como es el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, sus Protocolos e Instrumentos Adicionales, y el derecho derivado o secundario, constituido, de acuerdo con el mismo artículo 1 TTA, por las Decisiones, tanto del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como de la Comisión, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración andina³⁹. No forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, por consiguiente, los actos políticos.

No obstante, insistimos que lo lógico es que la aludida ejecución o aplicación material del derecho derivado la haga generalmente la Secretaría General, que puede atender encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (art. 30, lit. b) AC), y de la Comisión por supuesto, y tiene además la infraestructura necesaria y preparada para llevar a cabo esa función ejecutivo-administrativa. En esto estamos de acuerdo con Joan David Janens Torrens cuando dice, refiriéndose a las instituciones europeas, y nosotros lo consideramos totalmente aplicable a la Secretaría General de la Comunidad Andina, que "hay que tener en cuenta que la mayoría de actos de ejecución se proyectan sobre sectores económicos (...) que exigen la adopción rápida de medidas técnicas muy específicas y la Comisión es la única institución comunitaria que cuenta con una infraestructura personal y técnica adecuada para llevar a cabo tales funciones" y que "[e]s preciso que el Derecho originario reconozca el monopolio de la Comisión en la ejecución del Derecho comunitario, pues ello entra en lógica consecuencia con la función que el artículo 155 le atribuye a la hora de *"garantizar el funcionamiento y el desarrollo del mercado común"* (JANER TORRENS, Joan David, "Consideraciones en torno a los efectos de la codecisión en el ámbito de la delegación de potestades de ejecución a la Comisión", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 5, Enero/Junio, 1999, Madrid, pp. 158-159).

³⁸ Concretamente, el artículo 11 AC dice que "El Consejo Presidencial Andino es el máximo órgano del Sistema Andino de Integración y está conformado por los Jefes de Estado de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena. Emite Directrices sobre los distintos ámbitos de la integración subregional andina, las cuales son instrumentadas por los órganos e instituciones del Sistema que éste determine, conforme a las competencias y mecanismos establecidos en sus respectivos Tratados o Instrumentos Constitutivos". Luego agrega, en párrafo aparte, que "Los órganos e instituciones del Sistema ejecutarán las orientaciones políticas contenidas en las Directrices emanadas del Consejo Presidencial Andino".

³⁹ Como veremos más adelante en el aparte dedicado a la labor del Tribunal de Justicia en la determinación de las competencias de los órganos andinos, originalmente este órgano judicial

A través de las Directrices, el Consejo Presidencial Andino podrá, de acuerdo con el artículo 12 AC, definir la política de integración subregional andina; orientar e impulsar las acciones en asuntos de interés de la subregión en su conjunto, así como las relativas a la coordinación entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración; y emitir pronunciamientos sobre los informes, iniciativas y recomendaciones presentados por los órganos e instituciones del SAI⁴⁰.

Ahora bien, la instrumentación de las Directrices del Consejo Presidencial Andino también podrá dar lugar a la emisión de otros actos jurídicos vinculantes que pueden ser Protocolos Adicionales del Acuerdo de Cartagena⁴¹, suscritos por los Ministros de Relaciones Exteriores o por los plenipotenciarios designados por cada gobierno, además de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión de la Comunidad Andina, que, como veremos más adelante, tienen distintos procesos de adopción ya que las primeras son adoptadas por consenso (art. 17 AC) y las segundas por mayoría, salvo gran cantidad de excepciones que, si bien pueden ser adoptadas por mayoría absoluta, no pueden contar con ningún voto negativo (art. 26 AC). La ejecución de todo lo anterior puede dar lugar, a su vez, a Resoluciones de la Secretaría General (art. 29 AC), aunque nada obsta para que esa labor de aplicación administrativa la haga directamente el CAMRE o la propia Comisión si así lo consideran conveniente.

consideró de una manera muy estricta la jerarquía existente entre las normas que forman parte del derecho originario y del derecho derivado, en la cual, según el Tribunal, todas las Decisiones, por ejemplo, estaban por encima jurídicamente de las Resoluciones de la Secretaría General. Afortunadamente, el Tribunal de Justicia matizó esta posición para bien considerando posteriormente que dependiendo de la norma que estuviesen ejecutando, es decir, si era del derecho originario o derivado, así sería la jerarquía entre ellas, de manera que no todas las Decisiones necesariamente estaban por encima de las Resoluciones ya que si éstas desarrollaban directamente normas del Acuerdo de Cartagena tenían el mismo rango jurídico que las Decisiones. Solamente las Resoluciones serán jerárquicamente inferiores a las Decisiones cuando ejecuten o desarrollen a éstas. Así, no puede decirse que dentro del derecho derivado haya una jerarquía única de las normas que la integran.

⁴⁰ De acuerdo con el artículo 13 AC, el Consejo Presidencial Andino se reúne en forma ordinaria una vez al año, con preferencia en el país que ejerce la Presidencia del mismo. En esta reunión, el CPA "tomará conocimiento de las acciones realizadas por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, así como de sus planes, programas y sugerencias".

⁴¹ Esto ocurrió con el Protocolo de Lima, suscrito el 30 de octubre de 1976; el Protocolo de Arequipa, firmado el 21 de abril de 1978; el Protocolo de Quito, firmado el 12 de mayo de 1987; el Protocolo de Sucre, firmado el 25 de junio de 1997; y el Protocolo de Cochabamba, suscrito el 28 de mayo de 1996. La excepción a esta regla ha sido el Protocolo de Trujillo, que fue firmado por los Presidentes de las Repúblicas andinas el 10 de marzo de 1996.

5.2. El poder de impulso político del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y su relación con la Comisión

Las funciones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en la Comunidad Andina se desdoblán en dos vertientes: una política y una normativa. Sin embargo, una no excluye necesariamente a la otra. En ambos casos, sus actos son adoptados por consenso. En principio, el poder de impulso político del CAMRE es expresado mediante Declaraciones (art. 17 AC), que como ocurre con las Directrices del Consejo Presidencial Andino, no forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y deberán ser instrumentadas posteriormente por los órganos decisorios andinos competentes. Sin embargo, el ejercicio de la función política por parte del CAMRE también puede ser manifestada por Decisiones cuando una decisión política propia es necesario convertirla en la misma emisión en actos vinculantes.

El impulso político por parte del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores puede ser el resultado de atribuciones propias, entre las que destaca como las más importantes la de formular la política exterior de los países miembros "en los asuntos que sean de interés subregional"⁴² y "coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración" (art. 16, lit. a) AC), como el resultado de su obligación de dar cumplimiento a las Directrices que le imparte el Consejo Presidencial Andino y de velar por la ejecución de aquellas que estén dirigidas a los otros órganos e instituciones del SAI (art. 16, lit. c) AC).

Sin embargo, al ser un órgano intergubernamental, conformado por miembros que tienen un peso político muy fuerte en sus países⁴³, el poder normativo del Consejo Andino de Ministros de

⁴² Por la forma como está expresada esta atribución del CAMRE en el artículo 16 AC pareciera que la política exterior común es materia comunitaria que los Estados miembros han atribuido a la Comunidad Andina. Sin embargo, cuando analizamos el desarrollo de esta función, especialmente en la Decisión 458 del CAMRE sobre Lineamientos de la Política Exterior Común, que es la que rige esta materia en la Comunidad Andina, en ningún momento se ha pretendido sustituir la voluntad de los Estados miembros por la de este Consejo sino que esta Decisión está basada en la cooperación entre los países y no es todavía materia comunitaria ya que la determinación de la Política Exterior Común sigue estando manejada por las vías intergubernamentales y no las supranacionales. Así aparece en las modalidades de acción establecidas en esta Decisión en la que se establece en su literal a) que una de ellas es "Adoptar posiciones comunes, acciones conjuntas y vocerías únicas, incluyendo la concertación de votaciones y candidaturas"; el literal b) dispone como modalidad de acción la "Coordinación regular entre Misiones Diplomáticas y Representaciones de los Países Miembros ante terceros países y en organismos internacionales y el literal c) las "Eventuales representaciones diplomáticas conjuntas". En ninguna parte de esta Decisión se pretende que la Comunidad Andina formule la política exterior en lugar de los países miembros y debiendo éstos someterse a aquélla, sino que lo que se plantea es la realización de concertación política entre los países, el establecimiento de mecanismos de diálogo y consulta, la adopción de medidas y posiciones conjuntas, el logro de consensos subregionales y de una posición común andina y la intensificación de la cooperación internacional.

⁴³ De acuerdo con el artículo 15 AC, el CAMRE está conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros del Acuerdo de Cartagena.

Relaciones Exteriores inevitablemente también tiene fuertes tintes políticos. Así, el CAMRE se expresa mediante Decisiones que no tienen el contenido técnico-económico que tienen las de la Comisión ya que, en general, las atribuciones de aquél son de otra índole⁴⁴, que complementan las del Consejo Presidencial Andino, órgano político por excelencia de la Comunidad Andina.

Ahora bien, como puede haber Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que tienen más contenido político que técnico-económico, en muchos casos es difícil determinar con exactitud cuál de las funciones que tiene atribuidas el CAMRE debe hacerlo mediante Declaraciones y cuáles le corresponde hacerlo mediante Decisiones. Igualmente, se presenta la situación de que parte de la labor exclusivamente política del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores debe compartirla o coordinarla con la Comisión porque también ésta es un órgano político.

Ciertamente, aunque la Comisión se ha desarrollado más como un órgano de carácter técnico-económico, por el tipo de miembros que la conforman en la práctica (los Ministros de Industria y Comercio o sus equivalentes), por el carácter de las atribuciones que tiene este órgano y las materias en las que las posee, además de haber sido el Acuerdo de Cartagena un tratado eminentemente económico, no deja de ser la Comisión en las pautas del AC un órgano político

⁴⁴ **Artículo 16.-** Corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores:

- a) Formular la política exterior de los Países Miembros en los asuntos que sean de interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración;
- b) Formular, ejecutar y evaluar en coordinación con la Comisión la política general del proceso de la integración subregional andina;
- c) Dar cumplimiento a las Directrices que le imparte el Consejo Presidencial Andino y velar por la ejecución de aquellas que estén dirigidas a los otros órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración;
- d) Suscribir los Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación;
- e) Coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales en los ámbitos de su competencia;
- f) Representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo;
- g) Recomendar o adoptar las medidas que aseguren la consecución de los fines y objetivos del Acuerdo de Cartagena, en el ámbito de su competencia;
- h) Velar por el cumplimiento armónico de las obligaciones derivadas del presente Acuerdo y del Tratado de Montevideo de 1980;
- i) Aprobar y modificar su propio reglamento;
- j) Aprobar el Reglamento de la Secretaría General y sus modificaciones, a propuesta de la Comisión; y,
- k) Conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común, en el ámbito de su competencia."

intergubernamental, que pudiera también dar al proceso un impulso político más acentuado⁴⁵. De allí el contenido de esta naturaleza que pudieran tener sus Decisiones.

La Comisión tiene funciones propias otorgadas por el Acuerdo de Cartagena y no son producto de una delegación o mandato del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Por ello, aunque se trate del ejercicio de funciones políticas, el CAMRE debe respetar el ejercicio de sus atribuciones por la Comisión. Es por ello que a lo largo de la enumeración de atribuciones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (art. 16 AC) aparece varias veces la coletilla "en los ámbitos de su competencia" o "en el marco de su competencia" (lits. e), g), k) AC) como una manera de decir que debe ejercer sus competencias tomando en cuenta que también hay una Comisión con la que pudiera coincidir en las mismas porque, ciertamente, hay "zonas grises" entre ellos en las que las competencias se pueden confundir o interceptar, llegando inclusive a decir el Acuerdo que la formulación, ejecución y evaluación de la "política general del proceso de la integración subregional andina" la debe hacer el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores "en coordinación con la Comisión" (art. 16, lit. b) AC)⁴⁶, con lo cual se manifiesta una vez más, de una manera muy concreta, el principio de cooperación leal interorgánica⁴⁷.

⁴⁵ En efecto, de acuerdo con el artículo 21 AC, la Comisión de la Comunidad Andina "está constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los Países Miembros". Cada Gobierno acreditará un representante titular y uno altemo.

Como puede verse, en teoría la Comisión pudiera estar conformada por otros ministros o representantes nacionales que no necesariamente sean tan técnicos como los Ministros de Industria y Comercio y que pudieran ser más políticos, pudiéndole darle, en consecuencia, mayor ingrediente de este tipo a sus Decisiones.

Sin embargo, en la práctica la Comisión siempre está constituida por los Ministros de Industria y Comercio de los países miembros o sus equivalentes, quienes se caracterizan por el poco peso político en sus gobiernos y por su preparación eminentemente técnica en ciertas áreas, motivo por el cual el órgano llamado Comisión de la Comunidad Andina ha tenido poco peso político en el proceso de integración andino y mucha labor de carácter técnico-económico de tipo comercial.

⁴⁶ También dice el artículo 22 AC que le corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina "Coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en el ámbito de su competencia", la que coincide con la del CAMRE que dice "Coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y negociaciones internacionales, en los ámbitos de su competencia". Definitivamente entre estos dos órganos hay muchas "zonas grises" que para solucionarlas hay que recurrir a la coordinación entre ellos y las Decisiones conjuntas.

⁴⁷ Muy pesimistas son las observaciones a esta relación entre el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión establecida en el Protocolo de Trujillo por parte de Da Cruz Vilaça y Sobrino Heredia cuando dicen que "surge la duda si los nuevos mecanismos de coordinación incorporados en el Protocolo, así como las técnicas de "colaboración" que adoptan la forma de Consejo Andino ampliado y la Comisión de la Comunidad Andina ampliada, bastarán para conseguir que dialoguen los ministerios involucrados en el proceso, especialmente el Ministerio de Comercio e Industria y las Chancillerías. Al tiempo se observa una preocupante indiferencia por parte de los Ministerios de Economía y Hacienda, muy poco comprometidos institucionalmente con el proceso de integración".

Estos autores califican como "ambiguas relaciones" las que se podrían dar entre el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, tal y como se desprende de algunas disposiciones del Protocolo y agregan diciendo que "[t]odo ello hace auspiciar *futuros conflictos*

En efecto, el Acuerdo de Cartagena se ha cuidado mucho de que entre el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión se respeten las competencias de ambos. Ninguno de ellos está por encima del otro, jerárquicamente hablando⁴⁸, y aunque hay "zonas grises" entre los dos órganos en casi todas las competencias, el Acuerdo ha querido que a través de la coordinación y el respeto no haya invasión de éstas⁴⁹. Por esto, al final, la labor política del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores puede darse sin la participación de la Comisión únicamente si se trata de aspectos "globales"⁵⁰ de la política exterior ya que cuando están involucradas las áreas de comercio e inversiones, aunque sea política exterior, que en principio corresponde al CAMRE, debe haber coordinación entre ambos órganos intergubernamentales y, si hace falta, hacerlo en forma conjunta⁵¹ a través de las reuniones ampliadas (art. 20 AC). Si bien le corresponde a la Comisión formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina "en materia de comercio e inversiones", debe actuar en coordinación con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores" (art. 22, lit. a) AC)⁵² cuando corresponda y sea necesario.

interinstitucionales dada la insuficiente definición de estos ámbitos de competencias" (véase DA CRUZ VILAÇA Y Sobrino Heredia, *ob. cit.*, pp. 117-121).

⁴⁸ Esto es criticado por Da Cruz Vilaça y Sobrino Heredia cuando dicen que "no se sabe cuál de los dos órganos y cuándo tiene un *superior rango jerárquico*" y en otra parte de su artículo dicen, refiriéndose a las Decisiones de los mismos órganos, que "no aparece clara la relación jerárquica entre ambas. Lo que se complica porque, además, no son adoptadas de la misma forma, así las Decisiones del Consejo se toman por consenso, mientras que las Decisiones de la Comisión lo son generalmente por mayoría absoluta después de un proceso de votación de cierta complejidad" (DA CRUZ VILAÇA y Sobrino Heredia, *ob. cit.*, pp. 121-122).

⁴⁹ Sin embargo, pese a los esfuerzos del Acuerdo de Cartagena, no se han podido evitar los fuertes encontronazos entre la Comisión y el CAMRE para determinar el órgano competente para formular la política comercial común de la Comunidad Andina frente a terceros países ya que contiene materia de uno y de otro órgano, por ser materia de política exterior, por un lado, y tocar el área comercial, por el otro.

⁵⁰ De hecho, el literal d) del artículo 16 AC establece que corresponde al CAMRE "Suscribir Convenios y Acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas **globales** de política exterior y de cooperación".

⁵¹ Tiene previsto el artículo 20 AC que el CAMRE "se reunirá en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión, por lo menos una vez al año y, a nivel de alternos, cada vez que lo considere necesario, a fin de tratar asuntos relativos al Acuerdo de Cartagena que sean de interés de ambos órganos".

⁵² Otras funciones de la Comisión, según el artículo 22 AC, son:

- a) adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino;
- b) coordinar la posición conjunta de los países miembros en foros y negociaciones internacionales, en el ámbito de su competencia;
- c) velar por el cumplimiento armónico de las obligaciones derivadas del presente Acuerdo y del Tratado de Montevideo de 1980;
- d) aprobar y modificar su propio reglamento; aprobar, no aprobar o enmendar las propuestas que los países miembros, individual o colectivamente, o la Secretaría General sometan a su consideración;

Como se puede presumir, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, aun actuando en el ejercicio de su función política, si se trata de aspectos relacionados con comercio e inversiones, debe coordinar esta función, y en algunos casos compartirla, con la Comisión de la Comunidad Andina ya que entre ambos órganos intergubernamentales no hay relación de jerarquía para llevar adelante la labor de formulación, ejecución y evaluación de la política de integración subregional andina⁵³.

6. El poder normativo de naturaleza legislativa

El poder normativo de naturaleza legislativa⁵⁴ es ejercido en la Comunidad Andina por varios órganos⁵⁵. Principalmente, esta función está en manos del Consejo Andino de Ministros de

e) mantener una vinculación permanente con los órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración, con miras a propiciar la coordinación de programas y acciones encaminadas al logro de sus objetivos comunes;

f) representar a la Comunidad Andina en los asuntos y actos de interés común, dentro del marco de su competencia, de conformidad con las normas y objetivos del Acuerdo;

g) aprobar los presupuestos anuales y evaluar la ejecución presupuestal de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como fijar la contribución de cada uno de los países miembros;

h) y, someter a consideración del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la propuesta de Reglamento de la Secretaría General.

⁵³ Algunos autores consideran que en la nueva estructura institucional de la Comunidad Andina "se refleja, a nuestro entender, la tensión que, respecto a la configuración del proyecto integrador, se da en el interior del grupo Andino y en el interior mismo de los propios Estados, donde los distintos Ministerios involucrados en el proceso, si bien pueden compartir la visión integracionista, discrepan en cuanto a los procedimientos a seguir según la participación e influencia que éstos les reservan. Esta tensión, que ya era netamente palpable en todos los documentos de trabajo conteniendo los Proyectos de reforma se ha plasmado ahora, aún si cabe con más fuerza, en el texto del Protocolo de Trujillo".

Dicen estos autores que "no es posible extraer con claridad de su lectura, si con este Protocolo se intenta *avanzar hacia una integración más fuerte*, cediendo parcelas de soberanía los Estados a favor de unas Instituciones más eficaces e involucrando a los más altos responsables políticos andinos en el proceso, o si la profusión institucional comprobada *disimula una falta de voluntad política* clara y compartida por todos los niveles políticos llamados a actuar en el citado proceso, y no constituye más que un "falso culpable" de los problemas que puede atravesar la integración subregional". "Ello va a traer como consecuencia", según estos autores, "una serie de disfunciones y aparentes ambigüedades e incoherencias que, a pesar de los progresos institucionales efectivamente introducidos, creemos percibir en el nuevo diseño institucional" (DA CRUZ VILAÇA y Sobrino Heredia, *ob. cit.*, pp. 116-117).

⁵⁴ Nos referimos con esta expresión a aquellas atribuciones que dan lugar a actos jurídicos de carácter general (normas), dictados en directa conexión con el Acuerdo de Cartagena, que no sean de carácter reglamentario del derecho derivado.

⁵⁵ Hasta 1997, año de entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo, el monopolio legislativo en la Comunidad Andina lo tenía la Comisión, que era el órgano máximo del Acuerdo de Cartagena y la que tenía "la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia", según rezaba el artículo 6 AC a partir de su modificación de 1987. Era catalogado como "el equivalente al

Relaciones Exteriores y la Comisión, que pueden dictar las Decisiones, que es la figura equivalente a los Reglamentos de las Comunidades Europeas, las que en la mayoría de los casos son de carácter general o normativo. Sin embargo, la Secretaría General también puede dictar actos jurídicos de carácter normativo en directa conexión con el Acuerdo de Cartagena, obligatorios para los demás órganos, para los Estados miembros y para los propios ciudadanos a través de Resoluciones de esta índole⁵⁶, lo que, sin embargo, sucede en pocos casos.

Así, los órganos normativos por excelencia de la Comunidad Andina son el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, que en ejercicio de esta función pueden dictar Decisiones (arts. 17 y 21 AC) que pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (art. 1 TTA). No obstante, al no haber en la Comunidad Andina un principio de división de poderes como en los sistemas jurídicos de los Estados, la Secretaría General, que en principio es sólo el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina por decirlo así mismo el Acuerdo de Cartagena y en virtud de esto es competente para dictar las Resoluciones (art. 29 AC) que por regla general tienen destinatarios específicos e individuales, también puede dictar en algunos supuestos Resoluciones de contenido normativo, esto es, de carácter general, en las que realmente no ejerce una función ejecutiva o administrativa sino que son dictadas en ejecución directa del Acuerdo de Cartagena⁵⁷. Debe matizarse, en todo caso, que esto último es excepcional.

órgano legislativo, al igual que el Consejo de Ministros de la CEE" (URIBE RESTREPO, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, p. 78).

El CAMRE, si bien existe desde 1979, hasta 1997 no tenía funciones normativas, ni de ninguna otra índole en el Acuerdo de Cartagena ya que se trataba solamente de un foro político que consideraba los temas de la integración andina en general, no vinculados directamente con el llamado Pacto Andino, especialmente los de carácter político, y no podía dictar actos jurídicos obligatorios para los órganos de la Comunidad Andina, ni para los Estados miembros, ni para los ciudadanos, ya que no era catalogado ni como órgano ni como institución del Acuerdo de Cartagena. El único órgano que tenía competencias para dictar actos jurídicos vinculantes de carácter general era la Comisión, compartidas con la Junta del Acuerdo de Cartagena en casos muy concretos. La Comisión era "el órgano político del Acuerdo" y a su vez "el órgano normativo o legislativo" (ANDUEZA, José Guillermo, "La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Buenos Aires, 1985, p. 30).

⁵⁶ Así lo tiene previsto el artículo 9 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General (RPA) cuando dice que los actos de este órgano comunitario "que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo". Continúa este artículo diciendo que "se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto".

⁵⁷ Esto ocurre, por ejemplo, en el artículo 101 AC que establece que "La Comisión y la Secretaría General adoptarán las medidas necesarias para acelerar el desarrollo agropecuario y agroindustrial de Bolivia y el Ecuador y su participación en el mercado ampliado". Igualmente, el artículo 113 AC dispone que "Corresponderá a la Secretaría General fijar requisitos específicos de origen para los productos que así lo requieran" y "Cuando en un Programa de Integración Industrial sea necesaria la fijación de requisitos específicos, la Secretaría General deberá establecerlos simultáneamente con la aprobación del programa correspondiente".

6.1. El poder de iniciativa normativa

Las mayores facultades para impulsar el proceso de emisión de normas o proponer al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión el dictado de Decisiones corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina. Sin embargo, los Estados miembros también tienen esta posibilidad de iniciativa legislativa⁵⁸.

En efecto, de acuerdo con el artículo 30, literal c), del Acuerdo de Cartagena, una de las funciones principales de la Secretaría General de la Comunidad Andina es "Formular al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión, propuestas de Decisión, de conformidad con sus respectivas competencias, así como iniciativas y sugerencias a la reunión ampliada del CAMRE, destinadas a facilitar o acelerar el cumplimiento de este Acuerdo, con la finalidad de alcanzar sus objetivos en el término más breve posible".

De la misma forma, cuando revisamos a lo largo del Acuerdo de Cartagena las facultades de la Comisión en diversas materias, podemos observar que en la mayoría de ellas este órgano debe actuar "a propuesta de la Secretaría General"⁵⁹, con lo cual se puede concluir que es este órgano el que tiene el poder de iniciativa normativa más importante de la Comunidad Andina.

Sin embargo, como adelantábamos, los Estados miembros, individual o colectivamente, también tienen esta facultad de iniciativa cuando los artículos 20, literal e), y 22, literal f), AC tienen previstos que los órganos legislativos por excelencia de la Comunidad Andina, estos son, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, tienen como atribución la de considerar las iniciativas y propuestas que los países miembros sometan a su consideración. Además, el artículo 27 AC dispone que la Secretaría General y los países miembros "deberán presentar sus propuestas con por lo menos quince días de antelación a la fecha de la reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión, según corresponda".

⁵⁸ Hasta el Protocolo de Quito de 1987, puesto en vigencia en 1988, el monopolio de la iniciativa legislativa lo tenía la Junta del Acuerdo de Cartagena, hoy sustituida por la Secretaría General de la Comunidad Andina (art. 15, lits. c) y d) AC de 1969). A partir de 1988, los Estados miembros comenzaron a tener la posibilidad de proponer a la Comisión la emisión de Decisiones (art. 7, lit. k) AC), además de la propia Junta.

⁵⁹ Al respecto pueden verse los artículos 52, 53, 54, 55, 59, 65, 69, 77, 80, 81, 83, 91, 92, 95, 97, 100, 104, 105, 112, 115, 117, 119, 120, 125, 127, 131, 134, 154 AC y las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda AC.

6.2. Las Decisiones como manifestación del poder normativo de naturaleza legislativa

Tal como sucede en las Comunidades Europeas, varios órganos de la Comunidad Andina pueden dictar normas de alcance general en directa conexión con el Acuerdo de Cartagena. Las que dictan el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión se hacen a través de Decisiones^{60 61}. Si bien en el Acuerdo de Cartagena no hay una disposición que explícitamente diga cuáles son las características de las Decisiones, tal como lo hace el artículo 249 TCE cuando claramente expresa que los Reglamentos tienen "un alcance general", en la Comunidad Andina se ha entendido que las Decisiones son equivalentes a los Reglamentos europeos en el sentido de que contienen normas generales que desarrollan los postulados del Acuerdo⁶²; sólo excepcionalmente aquéllas se utilizan para dictar normas de carácter individual⁶³.

⁶⁰ Para Erick Hayes Michel, las Decisiones se ocupan, por una parte, "de dictar normas que regulan materias específicas ordenadas específicamente (sic) por el Acuerdo, y por otra, dictan normas comunitarias en ejercicio de su potestad legislativa ordinaria, incluyendo normas administrativas (HAYES MICHEL, Erick, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Naturaleza del Derecho Comunitario", *Seminario Internacional: "Integración Derecho y Tribunales Comunitarios"*, Corte Suprema de Justicia de Bolivia-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Sucre, 1997, pp. 138-139).

A criterio de Luis Carlos SÁCHICA, citado por aquel autor, las Decisiones pueden dividirse en tres grupos: a) Las normativas o legislativas, que contienen regulaciones generales de algunos de los aspectos del proceso, que sustituyen integralmente las leyes nacionales en las materias que norman; b) Las ejecutivas, que tienden a dictar medidas concretas de cumplimiento de las obligaciones surgidas para los países miembros directamente del Acuerdo; c) Las administrativas necesarias para determinar asuntos secundarios y particulares de organización y funcionamiento de los organismos del Acuerdo, con efecto casi de alcance puramente interno" (HAYES MICHEL, *ob. cit.*, p. 139).

Creemos que las Decisiones basta clasificarlas en dos grupos: a) las normativas, que se encargan de dictar normas de alcance general, las que a su vez pueden ser de dos tipos: las de naturaleza legislativa, dictadas en ejecución directa de postulados del Acuerdo de Cartagena, y las de naturaleza reglamentaria, dictadas en desarrollo del derecho derivado; b) las administrativas o ejecutivas, que contienen actos de naturaleza individual, que si bien desarrollan aspectos del Acuerdo, lo hacen sólo indirectamente y su materia está referida a aspectos que tienen destinatarios específicos.

⁶¹ No obstante, las Decisiones también pueden ser dictadas por los mismos órganos, no ya como ejercicio del poder normativo de naturaleza legislativa, sino de carácter reglamentario o ejecutivo, esto es, de carácter general en desarrollo del derecho derivado o de carácter individual en ejecución del Acuerdo de Cartagena respectivamente.

⁶² Para Andueza, las Decisiones "pueden tener un contenido muy variado, como lo es la materia de la competencia de la Comisión" ya que "pueden contener normas jurídicas, decisiones administrativas o financieras, o pueden estar destinadas a controlar el cumplimiento de obligaciones derivadas del Acuerdo" (ANDUEZA, *ob. cit.*, p. 30).

⁶³ Si bien en principio las Decisiones deben tener carácter normativo en directa conexión con el Acuerdo de Cartagena, sin embargo el propio Acuerdo de Cartagena permite que el CAMRE pueda "[c]onocer y resolver todos los demás asuntos de interés común, en el ámbito de su competencia" (art. 16, lit. k), AC) y que la Comisión de la Comunidad Andina pueda "[a]doptar las medidas que sean necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, así como para el cumplimiento de las Directrices del Consejo Presidencial Andino (art. 22, lit. b), AC), en ejercicio de lo

No obstante, un indicio que puede interpretarse como que la intención de los tratadistas fue que las Decisiones fuesen por regla general normas de naturaleza legislativa está presente en el artículo 1 TTA⁶⁴, que establece un orden jerárquico dentro de lo que considera el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en el cual las Decisiones son colocadas luego del derecho originario (el Acuerdo de Cartagena y el Tratado del Tribunal) y antes que las Resoluciones de la Secretaría General, que por regla general son los actos de ejecución individual de las Decisiones, salvo casos de ejecución directa de los tratados por parte de la Secretaría General como luego veremos y que pueden dar lugar a Resoluciones del mismo nivel jerárquico de las Decisiones por su carácter normativo. Sin embargo, puede haber Resoluciones que si bien son dictadas en ejecución directa del Acuerdo de Cartagena o del Tratado del Tribunal, sin intermediación de ninguna Decisión, son de naturaleza individual y sin carácter normativo⁶⁵.

Así, aunque tal orden jerárquico en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina del artículo 1 TTA no está expresamente manifestado de esa manera en esta norma, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina lo ha considerado procedente cuando ha dicho que "[a]sí el propio ordenamiento no estableciera una jerarquización entre las diversas normas, ésta se hace indispensable para la solución de los conflictos que pudieren presentarse entre las distintas categorías del ordenamiento jurídico comunitario". Según el Tribunal, "[t]al principio de jerarquización (...) se desprende del propio artículo primero del Tratado de Creación de este Tribunal, del cual es fácil deducir una relación de subordinación entre "el derecho originario" constituido por el Acuerdo de

cual pueden estos órganos dictar Decisiones individuales cuando lo consideren necesario, si ello está dentro de las áreas de sus competencias. Además, el Acuerdo de Cartagena no limita expresamente las atribuciones de estos órganos dentro del carácter normativo.

⁶⁴ El artículo 1 TTA dice:

"El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos Adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina."

⁶⁵ Esto sucede, por ejemplo, en las funciones de la Secretaría General de guardiana de los tratados constitutivos, en lo que respecta a la acción de incumplimiento, y en general en la determinación de conductas violatorias del derecho comunitario andino, en la que este órgano comunitario tiene facultades dadas directamente por el Acuerdo de Cartagena y el Tratado del Tribunal, que dan lugar a Resoluciones de tipo individual, en cuyo ejercicio no está sometida a ninguna relación de subordinación frente a la Comisión o al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, como sí sucede en otras materias.

Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales y el Tratado del Tribunal, frente al "derecho derivado" contenido en las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta⁶⁶.

En otra sentencia el Tribunal de Justicia dejó establecido que "[l]a jerarquización entre unas normas y otras nace del propio contenido del artículo primero del Tratado de Creación del Tribunal, del cual se desprende una relación de subordinación entre el derecho originario y el derecho derivado. Por ello debe entenderse que las Decisiones de la Comisión [y ahora del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores] no crean en ningún momento una norma equivalente a las contempladas en el Acuerdo de Cartagena, sino que en virtud de sus facultades y competencias desarrollan las normas primarias preestablecidas; este derecho creado tiene carácter secundario o derivado del derecho constitucional contenido en el Acuerdo y en tal virtud la jerarquía jurídica de aquel es inferior"⁶⁷.

Igualmente, algunos autores expresan que, si bien no existe en el ordenamiento jurídico andino ninguna definición expresa sobre cuál es la jerarquía relativa entre las distintas clases de normas, "[l]a prelación normativa, sin embargo, es concepto indispensable para resolver posibles conflictos entre distintas clases de normas, pero, a falta de disposición expresa, debe deducirse luego de un cuidadoso examen analítico, en cada caso". "Se ha señalado con toda lógica, sin embargo, que dicho orden jerárquico está claramente insinuado en el texto mismo del artículo 1º. Del Tratado constitutivo". Para estos autores es fácil inferir de la citada disposición una relación de subordinación entre el "derecho originario", constituido por el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales y el Tratado del Tribunal, y el "derecho derivado" contenido en las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General⁶⁸. En esta cita habría que agregar las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que en el momento en que fue redactada no existía como órgano principal del Acuerdo de Cartagena.

Ocorre de alguna forma en la Comunidad Andina lo que a dado lugar a la intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para aclarar las cosas en relación con los actos comunitarios. Desafortunadamente, dice Hartley en referencia a esto, las cosas no son tan simples como aparecen en los tratados. La primera complicación es que la designación formal de un acto no siempre es una guía de su contenido. Un acto puede ser llamado como Reglamento, pero tener todas las características de una Directiva o un acto particular o Decisión. Encarando esta situación, el

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) en el proceso 1-AN-97 de fecha 26 de febrero de 1998, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (GOAC) No. 340 de 13 de mayo de 1998, p. 21.52.

⁶⁷ Sentencia TJCA en el proceso 3-AI-98, de 11 de febrero de 1999, publicada en la GOAC No. 423 de 31 de marzo de 1999, p. 9.32.

⁶⁸ En este sentido URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 86.

Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha rechazado algunas veces la formal designación que se haya hecho de un acto y ha escrutado en su lugar la sustancia del mismo. Si un acto con la forma de un Reglamento no establece reglas generales sino que decide un caso particular, entonces el Tribunal ha llamado a esto "disguised decisión" y ha tratado al acto como uno particular o Decisión. Sin embargo, no es claro, según Hartley, cuan lejos va a llegar el Tribunal con este proceso de "re-etiquetamiento" de los actos. La segunda complicación para este autor, en relación con los actos comunitarios europeos, es que en la práctica la diferencia entre los distintos tipos de actos no son tan grandes como aparecen en los tratados. Particularmente sentencias del Tribunal de Justicia europeo han elevado actos formalmente de características distintas como las Directivas a un rango muy cercano a los Reglamentos, cuando ha dicho que aun cuando aquéllas no han sido implementadas por el Estado miembro a quien ha sido dirigida, ellas pueden directamente conferir derechos a ciudadanos particulares, quienes la pueden invocar frente a autoridades públicas. La tercera complicación es que el Tribunal de Luxemburgo ha dispuesto que la lista del antiguo artículo 189 TCE no es exhaustiva: es posible tener un acto legalmente obligatorio que no entre en ninguna de las categorías enumeradas en el Tratado⁶⁹.

En todo caso, lo que no puede decirse, en nuestro criterio, es que todas las Decisiones sean superiores jerárquicamente a las Resoluciones ya que ello dependerá del rango de la norma que esté desarrollando el órgano respectivo y del contenido de la misma, de manera que si se trata de una Resolución de carácter general que se dicta en ejecución directa del Acuerdo o del Tratado del Tribunal, que no ejecuta ninguna norma del derecho derivado, esa Resolución pudiera tener igual jerarquía que una Decisión, que, en principio, también ejecuta el derecho primario y es de carácter general⁷⁰. El problema está, entonces, en cómo solucionar el conflicto que se pudiera presentar entre una Decisión y una Resolución del mismo rango normativo, lo que en nuestro criterio deberá resolverse aplicando los principios de la especialidad y de la temporalidad.

⁶⁹ HARTLEY, *ob. cit.*, pp. 108-109.

⁷⁰ Así lo ha dicho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando en una de sus sentencias dejó establecido lo siguiente:

"Tales facultades le permiten disfrutar [a la Junta, hoy Secretaría General] de un poder normativo propio que puede dar lugar a la creación de derecho secundario no subordinado a las Decisiones de la Comisión [y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores] por constituir actos de ejecución directa de normas del Acuerdo. (...) Este rango jurídico igualitario entre las Decisiones de la Comisión [y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores] y las Resoluciones de la Junta [hoy Secretaría General] tiene razón de ser por cuanto en uno u otro caso el origen "legislativo" o "normativo" tiene fuente directa común en el Acuerdo de Cartagena. Otra competencia distinta de la Junta [hoy Secretaría General] es la de reglamentar o ejecutar las Decisiones de la Comisión [y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores]; en este supuesto obviamente la jerarquía legal de las Resoluciones de la Junta [hoy Secretaría General] es inferior y está supeditada a la de la Comisión [y a la del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores]. La jerarquización planteada en estos términos no puede desembocar en que las Resoluciones de la Junta (hoy Secretaría General) puedan contradecir el espíritu o el contenido de las normas funcionales del Acuerdo, pues es obligación del órgano administrativo la de velar por su aplicación" (sentencia TJCA, proceso 3-AI-98, de 11 de febrero de 1999, GOAC No. 423 de 31 de marzo de 1999, p. 9.32).

Ahora bien, si se trata de una Resolución de carácter general o particular que es dictada en ejecución o desarrollo de una Decisión, por supuesto que aquélla es inferior jerárquicamente a la Decisión y deberá estar sometida a ésta, teniendo todas las características de un acto administrativo si tiene un destinatario específico. De esta manera, si hay conflictos entre ambas, obviamente tal conflicto deberá resolverse a favor de la Decisión por su superior rango⁷¹.

Una opinión contraria parece sostener Fernando Uribe Restrepo, para quien la relación de jerarquía entre las Decisiones y las Resoluciones, si bien tampoco está expresamente definida, "podría afirmarse, en principio, que aquéllas han de primar sobre éstas", según él, en todos los casos. "Debe tenerse en cuenta", según este autor, "en efecto, que el propio Acuerdo de Cartagena determina que "la Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia" (art. 6°), lo que ya no ocurre desde 1997 cuando comienza a compartir esa función con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la propia Secretaría General en casos muy concretos. De la Junta, hoy sustituida por la Secretaría General, en cambio sólo se dice que es "el órgano técnico del Acuerdo" (art. 13). También debe tenerse en cuenta, en el mismo sentido, las funciones generales de uno y otro organismo (...) y el hecho de que los tres integrantes de la Junta son designados por la Comisión".

En nuestro criterio, además de que la disposición arriba señalada que indicaba que la Comisión era el órgano máximo del Acuerdo y tenía la capacidad de legislación exclusiva en este tratado ha desaparecido, hay que decir que, al no haber en la Comunidad Andina un principio de separación de poderes como existe en los Estados modernos, no puede decirse en el estado actual del Acuerdo de Cartagena que un determinado órgano tenga el monopolio sobre determinada función, de manera que es muy probable que el acto de un órgano que en principio pareciera inferior a otro, como es el caso de la Secretaría General frente a la Comisión o al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, realmente no es así porque entre estos órganos no existe una relación de subordinación o jerarquía sino que lo que hay entre ellos es una distribución de competencias, por lo que la prelación de las normas dictadas dependerá del tipo de derecho que estén ejecutando o desarrollando, es decir, si éste es originario o secundario, y su contenido. No creemos que para dilucidar este tema sea relevante qué órgano designa a los miembros del otro porque si es por eso, por ejemplo, en los regímenes parlamentarios los actos del Parlamento siempre tendrán jerarquía superior a los del Poder Ejecutivo, lo que no siempre ocurre así⁷².

⁷¹ Véase sentencia TJCA, proceso 3-AI-98, de 11 de febrero de 1999, GOAC No. 423 de 31 de marzo de 1999.

⁷² Es el caso de los actos que dicta el Poder Ejecutivo en directa ejecución de la Constitución que tienen el mismo rango que las leyes del Parlamento, sean dictadas por autorización o delegación de éste o por facultarlo así directamente la Ley Fundamental.

Al final, Uribe Restrepo pareciera desdecirse de su propio argumento cuando afirma que "[e]llo no obstante, si se tiene en cuenta que esa presunta jerarquía normativa no ha sido expresamente señalada, y considerando además la gran variedad y complejidad en el detalle de los asuntos a que suelen referirse Decisiones y Resoluciones, debe admitirse que en muchos supuestos la conclusión habrá de ser que las distintas normas tienen validez simultánea, tal como suele aceptarse en el derecho comunitario europeo ante una situación normativa similar; si en un caso dado no resulta fácil deducir una determinada prelación entre normas diversas, cuando ésta de otra parte no ha sido determinada de manera general, habrá de aceptarse, en consecuencia, como único principio para decidir posibles conflictos el de la *lex posterior* (sic)"⁷³.

Erick Hayes Michel resuelve el problema de otra manera. Este autor, para quien las Resoluciones pueden ser dictadas en cumplimiento de funciones delegadas por la Comisión, por un lado, y ejerciendo facultades propias establecidas en el Acuerdo, por el otro, dice que cuando la Resolución es dictada en el primer supuesto, ésta surte los mismos efectos que las Decisiones, "se aplican y tienen igual vigencia y pueden ser derogadas o abrogadas directamente por la Comisión". En consecuencia, este tipo de Resoluciones tienen el mismo rango y jerarquía que las Decisiones. Las Resoluciones del segundo supuesto para este autor tienen una jerarquía inferior a las Decisiones, "que ubicadas en la pirámide legal del Grupo Andino, estarían por debajo de las Decisiones y por tanto se aplican y su cumplimiento es obligatorio mientras no vayan contra los tratados constitutivos o contra las decisiones de la Comisión". Agrega este autor que la "práctica ha demostrado que mientras las decisiones son regulaciones directas de desarrollo inmediato de los tratados por un organismo legislativo, las resoluciones vienen a ser actos motivados, no de normación, sino de aplicación de normas"⁷⁴.

Creemos que las aseveraciones de Hayes son sólo parcialmente ciertas ya que, si bien es cierto que las Resoluciones dictadas de acuerdo con una delegación de la Comisión o del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores pueden tener la misma jerarquía que una Decisión de estos órganos y pueden ser modificadas por los mismos, las Resoluciones dictadas con base en postulados del Acuerdo, sin que constituyan desarrollo de una Decisión o delegación de otro órgano normativo sino del propio derecho originario, no creemos que estén por debajo de las Decisiones como regla general sino que hay que ver el caso concreto. Ello porque una Resolución tendría el mismo rango de una Decisión si se trata de una Resolución de carácter general dictada directamente en conexión con postulados del Acuerdo. Si se trata de una Resolución de carácter particular dictada con base en postulados del Acuerdo que a su vez fueron desarrollados por una Decisión, consideramos que la Resolución en este caso sí puede estar por debajo de la Decisión si el órgano

⁷³ Véase URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, pp. 86-87.

⁷⁴ HAYES MICHEL, *ob. cit.*, p. 140.

para dictar esta última tenía competencia para ello y ha decidido dictar la Decisión que regula en forma general la materia de que trata la Resolución de carácter particular. Si no lo ha hecho cualquiera de los órganos legislativos, la Resolución tendría la misma jerarquía que una Decisión y por lo tanto ésta no podría subsistir frente a una Resolución de las mencionadas características.

En la resolución de los problemas derivados de conflictos de normas es importante tomar en cuenta el principio de la inderogabilidad singular según el cual ningún acto particular puede derogar o aplicarse sobre un acto de carácter general, aunque éste haya sido dictado por el autor del acto particular, con lo cual es importante el contenido del acto respectivo para resolver el conflicto.

Por otro lado, Hayes dejó fuera las Resoluciones que no siendo dictadas en desarrollo de postulados del Acuerdo, ni por delegación de la Comisión o del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, ejecutan, aplican o desarrollan Decisiones, casos en los cuales, en nuestra opinión, las Resoluciones estarían siempre por debajo de la Decisión y serán de inferior jerarquía.

Para José Guillermo Andueza, las Decisiones y las Resoluciones "en cuanto se basan en competencias que no son originarias de esos organismos sino recibidas de los países miembros por virtud de aquellos tratados, conforman el derecho andino derivado o secundario", que "tomadas cada una en particular, difieren en su contenido y alcances ya que las Decisiones son asimilables a lo que son las leyes en los ordenamientos jurídicos nacionales respecto de la Constitución, y las Resoluciones no tienen tal carácter legislativo o normativo sino el reglamentario administrativo que tipifica los actos de ejecución de las leyes". Para Andueza hay "tres niveles jerárquicos, tres grados de actos: el constitucional de los Tratados y sus instrumentos, el de las Decisiones y el de las Resoluciones"⁷⁵.

Asimismo, las Resoluciones pueden tener un contenido normativo, directamente emanado del Acuerdo o por reglamentar Decisiones, o un contenido administrativo, cuando aplican particularmente Decisiones o inclusive postulados del Acuerdo; en todo caso, ambos tipos de disposiciones dan lugar a un solo nivel de jerarquía: el derecho derivado, que junto con los tratados constitutivos y sus protocolos e instrumentos adicionales dan lugar a dos niveles jerárquicos: el derecho originario y el derecho derivado.

El derecho derivado a su vez puede ser: a) secundario, si es de carácter general y dictado en directa conexión con los tratados, y; b) terciario si se trata de actos normativos dictados en desarrollo

⁷⁵ ANDUEZA, *ob. cit.*, p. 54.

del derecho derivado secundario y de naturaleza reglamentaria, todo lo cual puede emanar del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión o de la Secretaría General⁷⁶.

Por lo anterior, dependiendo del tipo de ejecución que esté haciendo el órgano que dicte el acto y el contenido de éste, así será la jerarquía del mismo dentro del derecho andino, pero no puede decirse que todas las Decisiones están por encima de las Resoluciones. Ello dependerá del tipo de postulados que se estén desarrollando en la Resolución y su contenido general o individual.

Lo que sí está expresamente dicho en el derecho originario de la Comunidad Andina respecto a las Decisiones es que "obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina" (art. 2 TTA) y "serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior" (art. 3 TTA).

Para el profesor Andueza, las Decisiones tienen las siguientes características:

- a) Ellas emanan de una organización internacional, como lo es la Comunidad Andina, que tiene personalidad jurídica internacional distinta a la de los países miembros. Las Decisiones son, por tanto, actos imputables a la organización internacional y no a los países miembros. Por consiguiente, ellas no son derecho nacional, aunque formen parte del derecho de los países miembros porque su fuente jurídica se encuentra en una organización internacional;
- b) Son actos unilaterales y de autoridad. No tienen carácter convencional o pactado, como sí lo tienen los tratados o acuerdos internacionales, los que derivan su obligatoriedad del acuerdo de voluntades. Debido a esta característica, a las Decisiones no les son aplicables los procedimientos de recepción o incorporación de los tratados requeridos por el derecho interno, a menos que así lo disponga la misma Decisión;
- c) Los destinatarios de las Decisiones son los países miembros y los particulares. Para los países miembros las Decisiones son obligatorias desde la fecha en que sean aprobadas por el órgano respectivo y para los particulares desde la fecha de

⁷⁶ Esta distinción en el derecho derivado entre derecho secundario y derecho terciario ha sido hecha magistralmente por Ricardo Alonso García respecto a la realidad europea cuando ha dicho que "[l]a posibilidad de un doble escalonamiento normativo dentro del Derecho comunitario derivado aparecía en la versión original del Tratado de Roma, concretamente en su artículo 155, que encomendaba (y continúa haciéndolo) a la Comisión, entre otra misiones, la de ejercer "las competencias que el Consejo le atribuya para la ejecución de las normas por él establecidas" (ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 140).

su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, a menos que la misma señale una fecha posterior⁷⁷.

Ahora bien, al no haber en la Comunidad Andina una figura equivalente a las Directivas comunitarias europeas, se ha previsto la posibilidad de que los países participen de una manera más directa en la aplicación material del derecho andino sin que medie la vigencia previa de normas generales comunitarias. En efecto, cuando el texto de las Decisiones así lo disponga, éstas "requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro" (art. 3, ult. páf., TTA).

De acuerdo con esta última disposición, no se trata de que esté presente en el derecho originario andino la figura del derecho internacional clásico, inaplicable por lo demás en el derecho comunitario, de la recepción, transformación o conversión de las normas internacionales en normas nacionales, o la incorporación del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno. Lo que se ha querido establecer, siempre dentro del derecho comunitario y para nada tomando en cuenta el derecho internacional tradicional, es que cuando el órgano comunitario así lo considere conveniente para la mejor aplicación y eficacia de la Decisión que ha dictado, los Estados miembros, previamente a la entrada en vigencia de la Decisión de que se trate, realicen una labor de depuración del derecho nacional, buscando que haya seguridad jurídica en la integración del derecho andino en los ordenamientos jurídicos nacionales, para lo cual cada país deberá dictar los actos internos que sean necesarios para que la aplicación material de la norma comunitaria andina sea efectiva, eliminar aquellas normas o actos que obstaculicen su aplicación y omitir los que lo pueden producir, lo cual además está previsto en el artículo 4 TTA⁷⁸ como regla general⁷⁹.

Como hemos visto, no hay duda de que el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene previsto el principio de aplicabilidad directa. Solamente cuando la propia

⁷⁷ ANDUEZA, José Guillermo, *El Tribunal del Pacto Andino*, Publicaciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1986, p. 53.

⁷⁸ Según el artículo 4 TTA, "Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación".

⁷⁹ El principio de seguridad jurídica demanda la eliminación del derecho nacional que sea incompatible con el derecho comunitario, lo que significa que estas medidas deberán tener la misma fuerza legal que aquéllas, las que serán modificadas. Estos resultados, en rechazo del recurso de las meras prácticas administrativas como motivo para no aplicar el derecho comunitario, deben derivar en una regla general, con una adecuada publicidad y efectos vinculantes, que signifique el desplazamiento de las medidas nacionales que contravengan el derecho comunitario. Sin embargo, esto puede también resultar en la necesidad de derogar formalmente tales medidas nacionales, lo que pudiera reducir la autonomía del derecho nacional (ALONSO GARCIA, "Community and National Legal Orders...", *ob. cit.*, pp. 85-86).

norma comunitaria establezca una fecha posterior de vigencia que no sea la de la publicación en la gaceta oficial del Acuerdo, si así lo considera conveniente el órgano que las emita por interés de la Comunidad, podrá decidir que no tenga una vigencia inmediata, lo que, en todo caso, no deberá afectar negativamente la aplicación directa de la norma comunitaria cuando deba producirse ya que la vigencia posterior de la norma comunitaria no debe implicar que los Estados miembros puedan dictar alguna norma de desarrollo, transposición, transformación o incorporación del acto comunitario al derecho nacional de la manera tradicional, lo que está prohibido por lo demás en el derecho comunitario.

En todo caso, la decisión de vigencia posterior de una norma comunitaria deberá ser excepcional y corresponderá siempre al órgano andino, y no a la legislación nacional, siempre y cuando ello convenga al interés comunitario y no por exigirlo así los ordenamientos jurídicos nacionales. Ello porque las normas andinas deben producir efectos jurídicos obligatorios para todos los que habiten en el territorio de los países miembros de la Comunidad desde el momento mismo de su publicación, como es la regla general de acuerdo con el TTA, buscando, como dice un especialista venezolano, la "simultaneidad de la aplicación del derecho comunitario en toda la subregión, simultaneidad que impide que ningún país miembro pueda sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones comunitarias alegando normas de derecho interno"⁸⁰.

Así las cosas, el artículo 3 TTA, como ha dicho un experto venezolano, ha puesto término a la gran confusión reinante antes de su existencia porque los países miembros "se aferraron a la idea de que era imprescindible someter las Decisiones al procedimiento de incorporación previsto en el derecho interno, y en especial, al trámite de la aprobación legislativa, para que tuvieran fuerza obligatoria", lo que le quitaba a las Decisiones el efecto de su aplicación directa, "y con ellos se privaba al proceso de integración subregional del dinamismo que tanto requiere"⁸¹.

En este orden de ideas, ya es claro que desde 1979, cuando se suscribe el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que las normas comunitarias deben tener aplicabilidad directa y así se estableció como principio general en el mismo. Sin embargo, se colocó como excepción a este principio que la Comisión o el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores decidiera en algunos casos que las Decisiones requerirán de "incorporación al derecho interno", mediante acto expreso en el cual se indicara la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

⁸⁰ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, pp. 68-69.

⁸¹ ANDUEZA, "La aplicación directa del...", *ob. cit.*, p. 39.

Pero de ninguna manera esta excepción debe entenderse que el principio de aplicabilidad directa no existe en ciertos casos. Se trata, insistimos, de una excepción, que sólo puede ser establecida por el órgano comunitario respectivo, disponiéndolo en el propio texto de la Decisión. Aunque nada dice el Tratado sobre las circunstancias u oportunidades en que el órgano comunitario puede hacer uso de esta facultad, debe entenderse que implica un uso prudente y restrictivo porque, como dice un prestigioso autor venezolano, "de lo contrario el derecho comunitario andino perdería una de sus características más importantes"⁸². Así lo ha dejado establecido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando ha dicho que "[l]a jurisprudencia de este Tribunal Andino relativa a las normas internas complementarias de las supranacionales, ha sido constante y reiterada al establecer (...) que la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar criterios restrictivos como el principio del "complemento indispensable" para medir hasta dónde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser "estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y... de ningún modo la entrapen o desvirtúen"⁸³.

Así las cosas, para que el ordenamiento jurídico comunitario andino pueda funcionar y tener eficacia y aplicación material, la "incorporación al derecho interno", como llama el Tratado del Tribunal de una manera poco feliz, que pueden decidir los órganos andinos en las Decisiones, es una figura especial, que, en todo caso, debe hacerse por considerarlo conveniente para los intereses comunitarios y no porque lo dispongan así los Estados miembros. Pero, además, esa incorporación en el derecho interno no debe entenderse como la recepción del derecho internacional, en el sentido de que un acto nacional internaliza la norma comunitaria en el ordenamiento jurídico nacional ya que sería un error jurídico grave y costoso para la integración andina.

En nuestro criterio, siguiendo a un respetado especialista en la materia y siempre dentro de las ideas comunitarias, la frase "incorporación al derecho interno" del Tratado del Tribunal debe entenderse como que la aplicabilidad de la norma andina "queda en suspenso hasta que el país miembro adopte las medidas que sean necesarias para que la Decisión se cumpla", por ello considerarse conveniente para los intereses comunitarios. El acto expreso a que se refiere el artículo 3 TTA no es otro sino aquel que contiene las medidas de ejecución, complementación o desarrollo,

⁸² ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 69. En igual sentido se expresa una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando dice que "[l]a sola suposición de que las Decisiones de la Comisión [y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores] o las Resoluciones de la Junta [hoy Secretaría General] tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino" (sentencia TJCA, proceso 3-AI-96, de 24 de marzo de 1997, GOAC No. 261 de 29 de abril de 1997, p. 10.32).

⁸³ Sentencia TJCA, proceso 40-IP-98, de 28 de abril de 1999, GOAC No. 466 de 6 de agosto de 1999, p. 7.32).

que puede ser la promulgación de una ley, de un decreto reglamentario o de cualquier otro acto de derecho interno⁸⁴.

De manera que, de acuerdo con lo anterior, el derecho andino no permite que las normas comunitarias no puedan aplicarse directamente, ni posteriormente a su publicación, porque el derecho interno de los países miembros así lo haya establecido. Ello porque es consustancial al derecho comunitario que sus normas se apliquen directamente para que genere derechos y obligaciones a los Estados miembros y a los ciudadanos sin necesidad de actos nacionales, todo lo cual es necesario para la correcta dinámica del proceso de integración subregional andino.

La vigencia posterior de la norma comunitaria o su "incorporación al derecho interno" solamente la podrá disponer el propio órgano andino, y no uno nacional, que puede considerar conveniente la intervención de los Estados miembros en la ejecución, desarrollo o aplicación material de la norma, por así necesitarlo la misma y en todo caso, porque ello favorezca los intereses comunitarios, lo cual no le quitará fuerza a la norma andina sino que ayudará a su efectiva aplicación nacional y en el cumplimiento de sus fines, lo que deberá ser excepcional.

Ciertamente, las Decisiones comunitarias andinas, equivalentes a los Reglamentos que pueden dictar los órganos supranacionales europeos, son normas de contenido completo que, en principio, no necesitan de ulterior desarrollo normativo por los Estados miembros y como lo dice un especialista español muy reconocido en la materia "presenta una clara vocación unificadora de los Derechos nacionales, tendente a excluir cualquier particularidad o diversidad interna en la materia por él regulada, limitada la intervención de aquéllos al plano de mera administración o gestión, esto es, de aplicación material de la norma –única- comunitaria". Sin embargo, el mismo autor menciona que lo dicho es sin perjuicio de que, siendo el carácter completo de su contenido el rasgo genuino por excelencia del Reglamento, "no se excluye la mediación de normas de desarrollo, en unos casos comunitarias, en otros estatales"⁸⁵.

Esta última ha sido la posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en el caso *Comisión v. Italia*, el cual, ante la adopción por el gobierno italiano de un decreto cuyo artículo 1 establecía que determinados reglamentos comunitarios "son considerados como recibidos por el presente Decreto", limitándose a reproducir las disposiciones de dichos reglamentos, consideró que "mediante la utilización de este procedimiento, el Gobierno italiano ha creado un equívoco en lo que se refiere tanto a la naturaleza jurídica de las disposiciones aplicables como al momento de su entrada en vigor". Y teniendo en cuenta que los Reglamentos son, en cuanto tales, directamente

⁸⁴ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, pp. 72-73.

⁸⁵ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 218.

aplicables en todo Estado miembro y entran en vigor, tal como en la Comunidad Andina, en virtud de su sola publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, en la fecha que fijen o en su ausencia en el momento determinado por el Tratado, dijo el Tribunal que "resulta que son contrarias al Tratado todas las modalidades de ejecución cuya consecuencia podría ser obstaculizar el efecto directo de los reglamentos comunitarios y comprometer así su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Comunidad"⁸⁶.

Distinto es que se haga lo que la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de diciembre de 1998 No. 46/1998 de introducción del euro en España ha hecho en este país. En efecto, según esta exposición de motivos, que por su claridad merece la pena transcribir parcialmente, "[l]a adopción de la moneda única no precisa, en principio, de otro entramado jurídico que aquel que proporcionan los dos Reglamentos Comunitarios (...). Estas dos normas de derecho derivado representan el acervo comunitario básico en lo concerniente a la introducción del euro". Sigue diciendo esta Exposición de Motivos que "[l]a aplicación directa de las dos disposiciones citadas eximiría, en principio, de dictar otra normativa que no fuera aquella que estableciera, en ciertos casos, un régimen facultativo de la utilización del euro en el período transitorio, de conformidad con el principio antes referido de no prohibición, no obligación en la utilización del euro durante el período transitorio. Sin embargo, la mayoría de los Estados miembros participantes en la Unión Monetaria, han procedido a adecuar su ordenamiento interno, de acuerdo con sus peculiares características, para hacer efectivos los mecanismos de introducción del euro como moneda única en cada uno de sus sistemas monetarios y para armonizar tales mecanismos con el conjunto de normas que pueden verse afectadas a consecuencia de tal evento. Esta labor de producción normativa tiene, en todos los casos, la indiscutible necesidad de preparar a los distintos ordenamientos jurídicos para que la introducción del euro, en tanto elemento homogeneizador de todos los sistemas monetarios que entran en régimen de unión monetaria, no produzca efecto indeseado alguno. La indicada finalidad no agota, con todo, la oportunidad de la norma. Se trata también de facilitar a la población el uso de la nueva moneda, el conocimiento de los mecanismos de coexistencia con la antigua unidad monetaria durante el período transitorio y, en general, de procurar el tránsito más imperceptible y sosegado hacia la nueva moneda. Esta actividad legislativa puede ser realizada desde dos enfoques distintos que, de antemano hay que señalar, llevan a idéntico resultado. El primero consistiría en adaptar singularmente todas y cada una de las normas que puedan verse afectadas por la modificación del sistema monetario. El segundo, parte de una posición conceptualista en la que, reafirmando la neutralidad de la modificación, se ofrecen reglas generales que completan, en lo que al propio sistema monetario se refiere, la introducción del euro como moneda única"⁸⁷ (negrillas nuestras).

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 7-2-1973, as.39/72.

⁸⁷ Véase Ley de 17 de diciembre de 1998, No. 46/1998, BOE, de 18 de diciembre de 1998, No. 302, recopilada en Repertorio Cronológico de Legislación 1998, Editorial Aranzadi, Volumen IV, p. 8767.

Es decir, resumiendo la posición de la antes transcrita Exposición de Motivos, es posible que, pese a tratarse de un Reglamento comunitario el que se ha dictado, que en principio tiene contenido completo y que no necesita de ulterior desarrollo por normas nacionales, las autoridades nacionales dicten normas para adecuar o depurar los ordenamientos jurídicos internos frente a la entrada en vigor de una norma comunitaria, sin que esto quiera decir que los actos nacionales vayan a hacer una suerte de transposición del derecho comunitario, lo cual definitivamente no es necesario, ni conveniente y de hecho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido que ello está prohibido. Se trata de aplicar por parte de los Estados miembros del principio rector del derecho comunitario de la seguridad jurídica en la integración de este derecho en los ámbitos jurídicos nacionales, de manera que los ciudadanos estén informados y claros de la vigencia y alcance de la norma comunitaria de que se trate, para de esta manera facilitar el conocimiento de la misma y su aplicación efectiva, evitando confusiones y malos entendidos respecto a las normas nacionales, las cuales deben ser eliminadas del patrimonio jurídico estatal en tanto constituyan motivos de conflictos frente a la norma comunitaria⁸⁸.

Así las cosas, la prohibición de cualquier medida interna de recepción o reproducción de los Reglamentos comunitarios debe considerarse sin perjuicio de la posibilidad de que haya normas intermedias entre el Reglamento y su aplicación material, tal como lo dijo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando expresó que "el hecho de que un reglamento sea directamente aplicable no impide que sus disposiciones puedan habilitar a una institución comunitaria o a un Estado miembro para adoptar medidas de ejecución"⁸⁹.

⁸⁸ Según el principio de seguridad jurídica, "la eficacia directa no constituye más que una "garantía mínima" frente a la anómala situación provocada por el incumplimiento por los Estados miembros de su obligación de ejecutar, y de hacerlo correctamente". Sin embargo, digno de mención "resulta el progresivo estrechamiento del margen de maniobra de los Estados miembros a la hora de considerar que su Derecho se adecuaba de antemano al comunitario, eximiéndole por ello de una intervención normativa, posibilidad ésta admitida por el Tribunal de Justicia siempre y cuando exista completa seguridad jurídica sobre las situaciones amparadas por el Derecho Comunitario, lo que requerirá un examen puntual y concreto al respecto no sólo desde una perspectiva material, sino también formal". También vinculada al principio de seguridad jurídica, "debe mencionarse la obligación de intervención de los poderes normativos nacionales a los efectos no ya de interiorizar el Derecho Comunitario, sino de eliminar, en el terreno formal, las situaciones de incertidumbre que pudieran derivar del mantenimiento, como consecuencia de la inercia de esos poderes normativos, de disposiciones internas incompatibles con las comunitarias".

Lo dicho incluye aquellos casos en que la norma interna incompatible con la comunitaria tenga posibilidades de aplicación fuera del marco comunitario, doctrina ésta que parece impulsar "la necesidad de una intervención normativa más allá de la judicial declarando la inaplicabilidad en el terreno comunitario, en caso de incompatibilidad, de la norma interna que presente al mismo tiempo un radio de aplicabilidad extracomunitario; necesidad de intervención normativa que parecería así sumarse a los supuestos en que el sistema jurisdiccional nacional, que tiene la última palabra al respecto, excluya, más allá de la pura inaplicación, la depuración *erga omnes* de las normas internas incompatibles con las comunitarias (ALONSO GARCIA, "Actividad judicial v...", *ob. cit.*, pp. 117-121).

⁸⁹ Sentencia TJCE, de 27-9-1979, as. 239/78.

En sentido similar se pronunció el Tribunal comunitario europeo cuando en la sentencia *Bussone*, tras recordar la regla general de la prohibición de adoptar medidas normativas internas en la ejecución de los Reglamentos, señaló que tal prohibición desaparece cuando "el reglamento en cuestión confía a los Estados miembros la adopción de las medidas legislativas, reglamentarias, administrativas y financieras necesarias para que las disposiciones de dicho reglamento puedan ser efectivamente aplicadas"⁹⁰.

No obstante, como destaca Alonso García, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas "suele ser bastante restrictivo al enjuiciar tanto la habilitación en sí misma considerada, sobre todo cuando se trata de una subdelegación, como el poder de apreciación de los Estados miembros a la hora de ejercitarla", tal como lo fue en la sentencia *Rey Soda* del 30 de octubre de 1975 (as. 23/75) cuando "no dudó en anular un Reglamento de ejecución de la Comisión, sobre la base de que ésta se había descargado, a favor de Italia, de su propia responsabilidad a la hora de fijar las reglas esenciales de fondo"⁹¹.

Como puede verse, las normas comunitarias de contenido general, como son la mayoría de las Decisiones andinas y pueden serlo en algunos casos las Resoluciones de la Secretaría General, equivalentes a los Reglamentos europeos, no necesitan de ulterior desarrollo, transposición o incorporación nacional para su aplicación directa, salvo que la propia norma así lo prevea sólo para efectos de su ejecución o aplicación material y cuando ello convenga a los intereses comunitarios andinos, de manera que la figura de la "incorporación al derecho interno" prevista en el Tratado solamente podrá darse para estos fines en forma excepcional.

En todo caso, se trata la figura que estamos comentando de una excepción a la aplicación directa de las Decisiones y las Resoluciones de carácter normativo para casos especiales en los que el órgano comunitario, que no el Estado miembro basado en su derecho nacional, decida que ello es lo más conveniente para el propio derecho comunitario andino y no necesariamente esta labor debe hacerla el Estado miembro a través de una ley, como normalmente ocurre en la figura de la recepción del derecho internacional, sino que el Estado debe dictar las normas y actos que sean procedentes en ese caso, sean leyes, reglamentos, actos administrativos o actos de gobierno⁹².

⁹⁰ Sentencia TJCE, de 30-11-1978, as. 31/78.

⁹¹ ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Editorial Civitas, Madrid, 1989, p. 58.

⁹² Para Galo Pico Mantilla, la "posibilidad de que se aprueben Decisiones que aparentemente no serían "directamente aplicables" porque cuando la misma Comisión así lo disponga "requerirán de incorporación al derecho interno..." hemos de entender que no trata de desvirtuar el efecto directo del derecho andino, sino de coordinar esta disposición con la obligación que tienen los países miembros

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha permitido la intervención del derecho nacional en áreas reguladas por normativa comunitaria a través del principio del "complemento indispensable", que constituye un criterio restrictivo para medir hasta donde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, "anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser "estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entrapen o desvirtúen". El Tribunal andino ha advertido la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. Para el órgano judicial andino "[e]l desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del "complemento indispensable" según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquéllas"⁹³

Dependiendo del órgano que las dicte, las Decisiones andinas pueden ser adoptadas por mayoría o por consenso. En efecto, las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores serán adoptadas por consenso, al ser éste un órgano intergubernamental por excelencia⁹⁴. Las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, si bien también es un órgano intergubernamental en su constitución⁹⁵, son adoptadas "con el voto favorable de la mayoría absoluta

de velar por el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico mediante la adopción de medidas de carácter nacional —éstas sí sujetas a las normas de cada país miembro—, obligación que incluye el abstenerse de cualquier acto que dificulte u obstaculice su normal aplicación" (PICO MANTILLA, *ob. cit.*, p. 34).

⁹³ Sentencia TJCA, proceso 30-IP-95, de 8 de noviembre de 1996, GOAC No. 241 de 20 de enero de 1997, p. 27.40.

⁹⁴ El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se reúne en forma ordinaria dos veces al año, de preferencia en el país que ejerce la presidencia del mismo, pero podrá reunirse de manera extraordinaria cada vez que lo estime conveniente a petición de cualquiera de sus miembros, en el lugar que se acuerde antes de su convocatoria (art. 18 AC).

Igualmente, el CAMRE "se reunirá en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión, por lo menos una vez al año, y a nivel de alternos cada vez que lo considere necesario, a fin de tratar asuntos relativos al Acuerdo de Cartagena que sean de interés a ambos órganos, tales como: a) Preparar las reuniones del Consejo Presidencial Andino; b) Elegir y, cuando corresponda, remover al Secretario General de la Comunidad Andina; c) Proponer al Consejo Presidencial Andino las modificaciones al presente Acuerdo; d) Evaluar la gestión de la Secretaría General; e) Considerar las iniciativas y propuestas que los Países Miembros o la Secretaría General sometan a su consideración; y, f) Los demás temas que ambos órganos consideren tratar de común acuerdo." (art. 20 AC).

⁹⁵ La Comisión de la Comunidad Andina "está conformada por un representante plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los Países Miembros" y cada gobierno "acreditará un representante titular y un alterno" (art. 21 AC).

La Comisión "se reunirá ordinariamente tres veces al año y en forma extraordinaria cuando sea convocada por su Presidente a petición de cualquiera de los Países Miembros o de la Secretaría

de los Países Miembros" (art. 26 AC), pero se exceptúan de esta norma general una gran cantidad de materias, a saber:

- a) Las materias incluidas en el Anexo I del Acuerdo de Cartagena⁹⁶, en las cuales la Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros y "sin que haya voto negativo". La Comisión podrá incorporar nuevas materias en dicho Anexo "con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros".
- b) En los casos que se enumeran en el Anexo II⁹⁷, las propuestas de la Secretaría General "deberán ser aprobadas con el voto favorable de la mayoría absoluta de

General". Sus sesiones se celebran en la sede la Secretaría General en Lima, Perú y debe "sesionar con la presencia de la mayoría absoluta de los Países Miembros" (art. 24 AC). La asistencia a las reuniones de la Comisión será obligatoria y la no asistencia se considerará abstención.

Igualmente, la Comisión puede reunirse en Comisión ampliada, a solicitud de uno o más de los países miembros o de la Secretaría General, "con el fin de tratar asuntos de carácter sectorial, considerar normas para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros, así como para conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común" (art. 25 AC). Estas reuniones de la Comisión ampliada estarán conformadas conjuntamente por los representantes titulares ante ésta y los Ministros o Secretarios de Estado del área respectiva. Cada país ejercerá un voto para aprobar las Decisiones (art. 25 AC).

⁹⁶ "Anexo I AC

1. Delegar en la Secretaría General aquellas atribuciones que estime conveniente.
2. Aprobar las propuestas de modificación del presente Acuerdo.
3. Enmendar las proposiciones de la Secretaría General.
4. Aprobar las normas que sean necesarias para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de políticas económicas de los Países Miembros.
5. Aprobar las normas y definir los plazos para la armonización gradual de los instrumentos de regulación del comercio exterior de los Países Miembros.
6. Aprobar los programas de integración física.
7. Acelerar el Programa de Liberación, por productos o grupos de productos.
8. Aprobar los programas conjuntos de desarrollo agropecuario y agroindustrial por productos o grupos de productos.
9. Aprobar y modificar la lista de productos agropecuarios de que trata el artículo 104.
10. Aprobar las medidas de cooperación conjunta establecidas en el artículo 108.
11. Aprobar, no aprobar o enmendar las proposiciones de los Países Miembros.
12. Reducir el número de materias incluidas en el presente Anexo.
13. Establecer las condiciones de adhesión al presente Acuerdo.
14. Aprobar la ampliación de los plazos a que se refiere el literal I) del artículo 7 de este Acuerdo.
15. Aprobar el Arancel Externo Común de acuerdo a las modalidades previstas en el Capítulo VI, establecer las condiciones de su aplicación y modificar los niveles arancelarios comunes.
16. Aprobar las medidas a que se refiere el último inciso del artículo 103.
17. Aprobar los márgenes de preferencia a que se refiere el artículo 95."

⁹⁷ Anexo II AC

1. Aprobar las condiciones de incorporación de un País Miembro no participante en Programas de Integración Industrial.
2. Aprobar la nómina de productos reservados para modalidades de integración industrial.

los Países Miembros y siempre que no haya voto negativo. Las propuestas que contaren con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros pero que fueren objeto de algún voto negativo deberán ser devueltas a la Secretaría General para la consideración de los antecedentes que hayan dado origen a dicho voto negativo. En un plazo no menor de dos meses ni mayor de seis, la Secretaría General elevará nuevamente la propuesta a la consideración de la Comisión con las modificaciones que estime oportunas y, en tal caso, la propuesta así modificada se estimará aprobada si cuenta con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros, sin que haya voto negativo, pero no se computará como tal el del país que hubiere votado negativamente en la oportunidad anterior.

- c) Las materias relacionadas con el régimen especial para Bolivia y Ecuador que se enumeran en el Anexo III⁹⁸. En este caso, las Decisiones de la Comisión se adoptarán con la mayoría absoluta de votos favorables y siempre que uno de ellos sea el de Bolivia o Ecuador.
- d) Los Programas y Proyectos de Desarrollo Industrial deberán ser aprobados con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Estados miembros y siempre que no haya voto negativo.

En lo que respecta a las Decisiones, tanto de la Comisión de la Comunidad Andina como del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, dispone el artículo 27 AC que la Secretaría General o los países miembros deberán presentar sus propuestas con por lo menos quince días de antelación a la fecha de la reunión de aquellos órganos andinos, según corresponda. Únicamente en casos excepcionales debidamente justificados y conforme al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina podrá prescindirse de la antelación requerida, siempre que el proponente y los demás países miembros estuvieren de acuerdo. Las propuestas que contaren con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros pero que fueren objeto de algún voto negativo, deberán ser

-
- 3. Aprobar el Arancel Externo Mínimo Común.
 - 4. Aprobar la nómina de productos que no se producen en ningún país de la Subregión.
 - 5. Aprobar las normas especiales de origen.

⁹⁸ “Anexo III AC

- 1. Aprobar la lista de productos de liberación inmediata conforme al Artículo 127, literal b).
- 2. Fijar márgenes de preferencia y señalar plazos de vigencia para las nóminas de productos de especial interés para Bolivia y el Ecuador (Artículo 127, literales d) y e)).
- 3. Determinar la forma y los plazos en que Bolivia y el Ecuador liberarán los productos a que se refiere el Artículo 83 (Artículo 130, literal b)).
- 4. Revisar los plazos de liberación de los productos a que se refieren los literales b) y d) del Artículo 130.
- 5. Determinar los niveles arancelarios mínimos que adopten Bolivia y el Ecuador para productos de interés de los restantes Países Miembros (Artículo 134).
- 6. Aprobar la nómina de productos no producidos, reservada para su producción en Bolivia y el Ecuador, y fijar las condiciones y plazos de la reserva (Artículo 80).

devueltas al proponente para la consideración de los antecedentes que hubieren dado origen a ese voto negativo. En un plazo no menor de un mes ni mayor de tres, el proponente elevará nuevamente la propuesta a la consideración del órgano que corresponda con las modificaciones que estime oportunas y, en tal caso, la propuesta así modificada se entenderá aprobada si cuenta con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros.

6.2.1. La adopción de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

De acuerdo con el Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (RCAMRE), las convocatorias para las reuniones de este Consejo son realizadas por el Presidente del mismo por propia iniciativa, por solicitud del Ministro de Relaciones Exteriores de un país miembro o del Secretario General. En el caso de las reuniones ampliadas del Consejo, la solicitud de convocatoria podrá ser presentada además por el Presidente de la Comisión de la Comunidad Andina (art. 15 RCAMRE).

La no asistencia a las reuniones del Consejo se considera abstención. Sin perjuicio de ello, el Consejo y sus reuniones ampliadas podrán sesionar con la presencia de por lo menos cuatro países miembros. El Consejo en reunión ampliada podrá sesionar con la presencia de por lo menos un Ministro de Relaciones Exteriores y tres representantes ante la Comisión y, en todo caso, con la presencia de por lo menos cuatro países miembros (art. 20 RCAMRE).

El Secretario General participará con derecho a voz en las sesiones del Consejo y en sus reuniones ampliadas, salvo cuando el Consejo realice sesiones privadas, y su presencia será indispensable en aquellas sesiones del Consejo en que se adopten Decisiones. Los Consejos Consultivos igualmente tendrán derecho a voz cuando, por propia iniciativa o por invitación del Consejo, se discutan programas o actividades del proceso de integración regional andina que fueren de interés para sus respectivos sectores (art. 20 RCAMRE).

El Consejo adoptará sus Declaraciones y Decisiones por consenso. A los efectos del Reglamento del Consejo, habrá consenso cuando concurra la voluntad de todos los miembros ante el Consejo o no exista manifestación expresa en contrario (art. 23 RCAMRE).

6.2.2. La adopción de Decisiones por la Comisión

De acuerdo con el Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina (RCA), este órgano comunitario celebrará anualmente tres períodos de sesiones ordinarias que se realizarán en los

meses de marzo, julio y noviembre, respectivamente, salvo que de manera expresa y por consenso los países miembros acuerden modificar dichas fechas (art. 15 RCA).

Las reuniones extraordinarias tendrán lugar en cualquier fecha y podrán efectuarse tanto bajo la modalidad de Comisión o de Comisión en reunión ampliada. Las mismas tendrán lugar a petición de cualquiera de los países miembros o de la Secretaría General. Cuando se trate de reuniones ampliadas con ministros de un sector o Secretarios de Estado, la petición podrá canalizarse a través de las señaladas instancias de oficio o por petición de los representantes plenipotenciarios titulares de la Comisión o de los Ministros Sectoriales o Secretarios de Estado interesados en la convocatoria (art. 16 RCA).

La Comisión, tanto en modalidad simple como en ampliada, podrá sesionar con la presencia de por lo menos tres países miembros. La no asistencia o la ausencia de acreditación a las reuniones de la Comisión se considerará abstención (art. 19 RCA).

Finalizados los debates en las reuniones y de no producirse un consenso, se procederá a la votación. La Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros. La mayoría absoluta la determina el número entero que sigue a la fracción matemática de la mitad (arts. 23 y 24 RCA).

6.2.3. Las Resoluciones normativas dictadas por la Secretaría General

Como hemos dicho con anterioridad, el poder normativo de naturaleza legislativa también puede ser ejercido en casos muy concretos por la Secretaría General⁹⁹, lo cual se manifestará con los únicos tipos de actos que formalmente puede dictar: las Resoluciones¹⁰⁰.

De conformidad con el Acuerdo de Cartagena y los reglamentos que rigen las actividades de la Secretaría General, no hay diferencias formales entre las Resoluciones emanadas por la Secretaría General en ejercicio de su poder normativo, sea éste de naturaleza legislativa o

⁹⁹ Al respecto véanse los artículos 101 y 113 AC como claros ejemplos de atribuciones de la Secretaría General en la que este órgano puede ejercer poder normativo de naturaleza legislativa a través de Resoluciones.

¹⁰⁰ A diferencia de lo que ocurría en las versiones del Acuerdo de Cartagena anteriores al Protocolo de Trujillo cuando existía la Junta, en la actualidad la Secretaría General solamente puede emitir como actos a las Resoluciones, sea del contenido que sea, a diferencia de la Junta que solamente catalogaba como Resoluciones a las que tenían un contenido con efectos jurídicos hacia terceros o en los órganos andinos. De allí que la Secretaría General puede emitir Resoluciones de carácter normativo en directa conexión con el Acuerdo de Cartagena, Resoluciones de carácter normativo de naturaleza reglamentaria o de desarrollo del derecho derivado y Resoluciones de carácter individual, asimilables a los actos administrativos.

reglamentaria, y las dictadas en función ejecutiva. Solamente se ha establecido un procedimiento especial, como veremos más adelante cuando nos ocupemos del poder ejecutivo ejercido por la Secretaría General, cuando se trate de Resoluciones dictadas en ejercicio de la función guardiana del derecho comunitario que el Acuerdo de Cartagena¹⁰¹ y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁰² le atribuyen a la Secretaría General¹⁰³.

Son muy pocos los casos en los que la Secretaría General puede actuar en ejercicio de un poder normativo de naturaleza legislativa ya que por regla general tal función es ejercida por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión. Ha sido principio general de los redactores del Acuerdo de Cartagena que la Secretaría General se comporte en la mayoría de sus funciones como el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina. Sin embargo, ya hemos visto que esta función no agota las labores de la Secretaría General porque, al lado de las actividades en las que actúa controlado y subordinado al CAMRE y a la Comisión¹⁰⁴, hay otras, que constituyen una segunda cara de la Secretaría General y la hace ser mucho más de lo que su nombre indica, en las que este órgano comunitario disfruta de atribuciones propias que le permiten dictar Resoluciones que no estarán subordinadas a las Decisiones sino que tendrán el mismo rango jurídico que éstas, por tener un contenido de carácter general y ser dictadas en conexión directa con el derecho originario, sin ser desarrollo de ninguna Decisión, ni norma alguna del derecho derivado¹⁰⁵.

De la misma manera, y no debe confundirse con el ejercicio del poder normativo de naturaleza legislativa, la Secretaría General también puede dictar Resoluciones de desarrollo directo del Acuerdo de Cartagena, pero a diferencia de las Resoluciones de carácter normativo antes señaladas, tienen un contenido individual y son de naturaleza administrativa, lo que ocurre cuando la Secretaría General actúa en ejercicio de las facultades que le otorgan los artículos 23, 24 y 25 TTA,

¹⁰¹ Según el artículo 30, literal a), AC, es función de la Secretaría General “[v]elar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

¹⁰² Véanse los artículos 23, 24 y 25 TTA.

¹⁰³ El artículo 73 AC dispone que “[p]ara los efectos de los artículos anteriores, la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, determinará, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye “gravamen” o “restricción”. Para estos fines, el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina (RPA) ha establecido en el Capítulo I del Título V un procedimiento especial para la calificación de gravámenes o restricciones.

Igualmente, en desarrollo del artículo 24 TTA, el RPA ha dispuesto en el Capítulo II del mismo título anterior un procedimiento especial para la emisión de Resoluciones relacionadas con la acción de incumplimiento.

¹⁰⁴ Al respecto véanse los literales b), c), d), e) y k) del artículo 30 AC.

¹⁰⁵ Véanse los aludidos artículos 101 y 113 AC.

en concordancia con el artículo 30, lit. a) AC, relativos a la acción de incumplimiento¹⁰⁶. Pero, repetimos, en el ejercicio de estas funciones la Secretaría General no ejerce poder normativo alguno sino que vigila el cumplimiento del derecho comunitario, tanto el originario como el derivado, así como sobre todos los órganos e instituciones del SAI¹⁰⁷ y produce Resoluciones de carácter individual.

7. El poder normativo de naturaleza reglamentaria

Hay en la Comunidad Andina, como en las Comunidades Europeas, la posibilidad de un doble escalonamiento normativo dentro del derecho comunitario derivado. Si bien el Acuerdo de Cartagena nada dice sobre las facultades tanto del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como de la Comisión de la Comunidad Andina de desarrollo reglamentario de las normas que haya dictado en ejercicio de sus facultades de naturaleza legislativa, creemos que es aplicable en esta organización la doctrina que la admite con toda naturalidad en Europa y que ha establecido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁰⁸.

En efecto, según el Tribunal de Luxemburgo, "Tanto el sistema legislativo del Tratado (...) como la práctica constante de las instituciones comunitarias, establecen una distinción, de acuerdo con conceptos jurídicos reconocidos en todos los Estados miembros, entre medidas directamente basadas en el mismo Tratado –actos legislativos- y derecho derivado dirigido a asegurar su ejecución –actos ejecutivos-". "No puede exigirse, en consecuencia", en criterio del Tribunal, "que todos los detalles de los reglamentos relativos a la política agrícola común sean adoptados por el Consejo (...). Es suficiente a los efectos de dicho artículo que los elementos básicos de la cuestión a tratar hayan sido adoptados de acuerdo con el procedimiento establecido en dicho precepto. Por otro lado, las disposiciones que desarrollan los reglamentos básicos pueden ser adoptadas conforme a un procedimiento diferente del previsto en el artículo 43, bien por el propio Consejo, bien por la Comisión en virtud de una autorización del artículo 155".

¹⁰⁶ Según el artículo 115 AC, "[l]a Secretaría General velará por el cumplimiento de las normas y requisitos de origen dentro del comercio subregional. Asimismo, deberá proponer las medidas que sean necesarias para solucionar los problemas de origen que perturben la consecución de los objetivos de este Acuerdo".

¹⁰⁷ También puede observarse el ejercicio de funciones ejecutivas en directa conexión del Acuerdo de Cartagena y que dan lugar a Resoluciones de carácter individual, en lo cual la Secretaría General no se encuentra sometida a otros órganos comunitarios, las señaladas en el Capítulo IX AC que establecen el régimen de salvaguardias, que está sometido a una serie de autorizaciones y pronunciamientos de la Secretaría General (véanse los artículos 103, 107, 108, 109, 110 y 130 AC).

¹⁰⁸ En efecto, véase sentencia TJCE en el caso *Köster*, de 17 de diciembre de 1970 (25/70), publicada en Rec. 1171.

Si bien no es tan delicado el problema en la Comunidad Andina del desarrollo normativo del derecho derivado por no existir procedimientos de adopción de decisiones tan diferenciados como los hay en las Comunidades Europeas¹⁰⁹, sin embargo sigue siendo importante este punto en la Comunidad Andina porque las Decisiones tienen requerimientos propios para adoptarlas, diferentes a los de las Resoluciones¹¹⁰ y dentro de las Decisiones también hay diferencias entre ellas porque su procedimiento de adopción varía, dependiendo del órgano que las dicte. Afortunadamente hay disposiciones en el Acuerdo de Cartagena¹¹¹ y en los Reglamentos de los órganos¹¹², que son similares a la del artículo 211 TCE¹¹³, que permiten a la Secretaría General, como a la Comisión europea, ejercer las competencias que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión le encomienden para la ejecución de las normas por él establecidas.

Por lo anterior puede decirse que en la Comunidad Andina es posible el doble escalonamiento normativo del derecho derivado y que el segundo escalón, que es el derecho terciario, dictado en desarrollo del secundario, puede entrar en el ámbito competencial del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión y de la Secretaría General, dependiendo del caso.

Lo que no existe en los procedimientos de adopción de decisiones andino es lo que se conoce en las Comunidades Europeas como la "Comitología", que consiste en la creación de distintos comités integrados por representantes de los Estados miembros, los cuales tienen en las Comunidades Europeas una participación obligatoria en los actos que dicta la Comisión como órgano supranacional de ejecución normativa de los actos del Consejo. Estos comités constituyen un

¹⁰⁹ Nos referimos a los procedimientos de codecisión, cooperación y consulta, establecidos en los artículos 249, 250, 251 y 252 TCE, que no existen en la Comunidad Andina.

¹¹⁰ No olvidemos que las Decisiones son adoptadas en el seno de órganos colegiados, aunque con distintas formas para ello ya que en uno de aplica el consenso (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores) y en el otro la mayoría con varias excepciones (la Comisión), y las Resoluciones son dictadas por un órgano unipersonal (la Secretaría General).

¹¹¹ Según el artículo 30 AC, es función de la Secretaría General "Atender los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión". No olvidemos que el artículo 29 AC dispone que la Secretaría General es "el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina".

¹¹² Según el artículo 6, literal I), del RCAMRE, corresponde a este Consejo "Formular encargos a la Secretaría General" y "Delegar el ejercicio de atribuciones que estime convenientes" (lit. n). Igualmente establece el artículo 1 del RSG que la Secretaría General "es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina encargado, dentro del ámbito de sus competencias, de administrar el proceso de la integración subregional andina, de resolver los asuntos sometidos a su consideración, de velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios y con capacidad para presentar iniciativas y propuestas de Decisión".

¹¹³ Según el artículo 211 TCE "Con objeto de garantizar el funcionamiento y el desarrollo del mercado común, la Comisión (...) ejercerá las competencias que el Consejo le atribuya para la ejecución de las normas por él establecidas".

mecanismo de control de los Estados miembros sobre la Comisión al ser preferente la actuación de ésta en la ejecución de los Reglamentos comunitarios y excepcional el desarrollo reglamentario por parte del Consejo, que es donde están verdaderamente representados los Estados miembros¹¹⁴.

Así, en la Comunidad Andina, la Secretaría General no tiene la obligación de adoptar sus Resoluciones con la participación vinculante de ningún comité, que signifique un control estricto del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión sobre el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina. Solamente está prevista la creación por parte de la Comisión, a través de Decisión, de consejos¹¹⁵ y comités¹¹⁶ conformados por autoridades sectoriales de rango ministerial o de Secretarios de Estado de los países miembros, por un lado, y autoridades sectoriales de alto nivel de los países miembros o por funcionarios con capacidad de comprometerlos, por el otro, respectivamente, que tendrán carácter permanente y estarán encargados de emitir opinión no

¹¹⁴ En las Comunidades Europeas, la Comisión es la cabeza natural del poder de implementación del derecho comunitario. En efecto, el Consejo solamente puede reservarse el derecho a ejercer directamente poderes ejecutivos por sí mismo en casos específicos, estando obligado, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a establecer los detalles de los motivos de esta reserva. Esta obligación establecida por el Tribunal de Luxemburgo contrasta con su tradicional actitud relajada de dejar clara la motivación de los actos comunitarios que tengan efectos generales. El motivo de esta regla es la necesidad de preservar el principio de equilibrio institucional que está inherente en el proceso normativo comunitario y el Tribunal ha establecido que las normas de ejecución no tienen que seguir el mismo proceso de las normas básicas o que estén desarrollando. Así, mientras el poder ejecutivo generalmente descansa en la Comisión, lo que implica que esta institución esté sometida a la Decisión de Comitología, que establece el control por los comités conformados por representantes de los Estados miembros, y últimamente implicando al Consejo en la puesta en práctica de los poderes de la Comisión, un hecho que ha sido fuertemente criticado por el Parlamento Europeo por significar una restricción en su participación en el procedimiento de adopción de decisiones y ha resultado con la incorporación del procedimiento de codecisión en el procedimiento de legislación como una forma para que el Parlamento pueda ejercer presión sobre el Consejo a través de su poder de veto (sobre los detalles de la Decisión de Comitología y los problemas que ha producido, especialmente en las relaciones entre el Consejo y el Parlamento, recomendamos ver ALONSO GARCIA, "Community and National Legal Orders...", pp. 75 y ss., y JARNER TORRENS, Joan David, "La nueva Decisión 1999/468 sobre la Comitología: un avance significativo en la mejora y simplificación de los procedimientos de delegación de potestades de ejecución de la Comisión", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 7, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 157-169).

¹¹⁵ De acuerdo con el artículo 37 RCA, "Los Consejos tendrán carácter permanente y estarán encargados de emitir opinión no vinculante en el ámbito de los temas para los que fueron creados a la Comisión o a la Secretaría General si así lo requiriese. Dicha opinión es independiente de las Propuestas que al efecto elaboren la Secretaría General o los Países Miembros para presentarlas a los órganos decisorios del Acuerdo. No obstante, éstos podrán convocarlos con el objeto de que colaboren en la labor de formulación de sus Propuestas."

¹¹⁶ Según el artículo 36 RCA, éste órgano comunitario "podrá crear Comités de carácter técnico, conformados por autoridades sectoriales de alto nivel de los Países Miembros o por funcionarios con capacidad para comprometerlos, los cuales serán coordinados por la Secretaría General". Igualmente, el artículo 37 RCA dispone que "Los Comités tendrán carácter permanente y estarán encargados de emitir opinión técnica no vinculante en el ámbito de los temas para los que fueron creados y de asesorar a la Comisión o a la Secretaría General para el mejor desempeño de sus actividades si así se les requiera."

vinculante en el ámbito de los temas para los que fueron creados a la Comisión y a la Secretaría General¹¹⁷.

Igualmente, existen en la Comunidad Andina distintas comisiones y consejos no regidos por las normas señaladas del Reglamento de la Comisión, pero que tampoco tienen facultades de actuación vinculantes para los órganos decisorios, ni son mecanismos de control de los Estados miembros sobre la Secretaría General, como son la Comisión Mixta Andino Europea, el Consejo Asesor de Ministros de Hacienda o Finanzas, Bancos Centrales y responsables de organismos de planificación, el Consejo Consultivo Empresarial Andino y el Consejo Consultivo Laboral Andino¹¹⁸.

Así las cosas, resulta aplicable en la Comunidad Andina el criterio europeo de desarrollo normativo del derecho derivado secundario por parte de la Secretaría General, pero con la diferencia de que este órgano no estará controlado por los Estados miembros durante el proceso de adopción de esas normas como sucede en las Comunidades Europeas con el régimen de la Comitología. Las

¹¹⁷ Según la Disposición Final Única RCA, "Sin perjuicio de los Consejos y Comités que se creen en el futuro, los Consejos y Comités vigentes a la fecha de publicación de la presente Decisión (septiembre de 1999) son los siguientes:

- a) El Consejo de Ministros de Agricultura;
- b) El Consejo de Ministros de Transportes y Obras Públicas;
- c) El Comité Andino de Autoridades de Migración (CAAM);
- d) El Comité Andino de Coordinación Arancelaria;
- e) El Comité Andino de Asuntos Aduaneros;
- f) El Comité Andino de Autoridades Ambientales (CAAAM);
- g) El Comité Andino para la Protección de las Variedades Vegetales;
- h) El Comité Andino sobre Recursos Genéticos;
- i) El Comité Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología;
- j) El Comité Andino de Autoridades de Transporte Terrestre (CAATT);
- k) El Comité Andino de Autoridades Aeronáuticas (CAAA);
- l) El Comité Andino de Autoridades de Transporte Acuático (CAATA);
- m) El Comité Andino de Infraestructura Vial (CAIV);
- n) El Comité Andino de Autoridades en Telecomunicaciones (CAATEL);
- o) El Comité Andino de Autoridades de Turismo (CAATUR);
- p) El Comité Andino Agropecuario;
- q) El Comité Técnico Andino de Sanidad Agropecuaria (COTASA);
- r) El Comité Andino de Estadística;
- s) El Comité del Convenio Automotor."

¹¹⁸ De conformidad con el artículo 44 AC, "El Consejo Consultivo Empresarial y el Consejo Consultivo Laboral son instituciones consultivas del Sistema Andino de Integración. Están conformados por delegados del más alto nivel, los cuales serán elegidos directamente por las organizaciones representativas de los sectores empresarial y laboral de cada uno de los Países Miembros, de conformidad con sus respectivos reglamentos, y acreditados oficialmente por aquéllos. Corresponderá a estos Consejos Consultivos emitir opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, sobre los programas o actividades del proceso de la integración subregional andina que fueran de interés para sus respectivos sectores. También podrán ser convocados a las reuniones de los grupos de trabajo y de expertos gubernamentales, vinculadas a la elaboración de proyectos de Decisión, y podrán participar con derecho a voz en las reuniones de la Comisión".

Resoluciones que se dicten al respecto podrán ser dictadas en total libertad por la Secretaría General, obviamente limitado por el Acuerdo de Cartagena, sus reglamentos, su ámbito de aplicación y el alcance material que establezca la Decisión respectiva para su desarrollo.

En todo caso, tanto el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, como la Secretaría General, deberán respetar cuando se encarguen de ejecutar el derecho derivado, principios básicos de derecho administrativo como el de *jerarquía entre derecho secundario y terciario sobre una base no orgánica sino material (con trasfondo procedimental)*, según el cual la jerarquía de los actos "descansa sobre una relación de ejecución, subordinada la disposición del derecho terciario a la del derecho secundario que sirve de cobertura, cuyo contenido deberá aquélla respetar en todo momento con independencia de quién sea la institución que haya adoptado una y otra, esto es, incluso en el supuesto de que ambas procedan del Consejo"¹¹⁹.

Igualmente, en conexión con el anterior principio, los órganos comunitarios deberán respetar el de *inderogabilidad singular* conforme al cual el órgano que haya adoptado un reglamento general con vistas a ejecutar uno de los objetivos del derecho originario, no puede derogar las reglas de este reglamento al aplicarlas al caso concreto sin perturbar el sistema legislativo de la Comunidad y destruir la igualdad ante la ley de aquellos a quienes se aplica el derecho¹²⁰. Así, un acto de ejecución del derecho secundario no puede violar al derecho secundario mismo, aun siendo adoptado por el mismo órgano.

8. El poder de ejecución administrativa con fines de aplicación material

Hasta ahora nos hemos ocupado del poder de ejecución en la Comunidad Andina pero solamente referido al desarrollo reglamentario de las normas que dicten los órganos decisorios de la organización, que dan lugar a actos de aplicación general. Nos corresponde en esta parte estudiar cómo es el poder de ejecución vinculado a los aspectos administrativos con fines de aplicación material, que dan lugar a actos individuales a través de los cuales se realiza la concreción de las normas a casos específicos.

8.1. El poder de ejecución administrativa por la Secretaría General

La ejecución administrativa del derecho derivado con fines de aplicación material en la Comunidad Andina corresponde, en principio, a la Secretaría General. En efecto, según el artículo 29 AC, ésta "es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y en tal carácter actúa únicamente en

¹¹⁹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 142.

¹²⁰ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 142.

función de los intereses de la Subregión¹²¹. Sin embargo, como veremos en el próximo aparte, no es el único órgano que ejerce funciones ejecutivas en esta organización¹²².

Ahora bien, la Secretaría General no es sólo un órgano ejecutivo del derecho derivado, en ejercicio de lo cual emite Resoluciones de naturaleza individual. También es un órgano ejecutivo directo del derecho constitucional andino, lo que quiere decir que puede actuar administrativamente en ciertas situaciones sin que sea necesario que medien normas de derecho derivado porque bastan para ello ciertos postulados tanto del Acuerdo de Cartagena como del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia que le permiten a la Secretaría General actuar administrativamente¹²³.

No obstante, independientemente de la forma de actuación y de la norma que esté ejecutando en su labor ejecutiva, la Secretaría General se manifestará a través de Resoluciones (artículo 29 AC).

¹²¹ Es más amplio en este aspecto el artículo 1 RSG cuando dice que la Secretaría General "es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina encargado, dentro del ámbito de sus competencias, de administrar el proceso de integración subregional andina, de resolver los asuntos sometidos a su consideración, de velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios y con capacidad para presentar iniciativas y propuestas de Decisión. La Secretaría General actuará únicamente en función de los intereses de la Subregión". Pareciera que la intención de los redactores de este reglamento fue establecer a la Secretaría General, de acuerdo con el principio de separación de poderes, como el Poder Ejecutivo encargado de la Administración comunitaria, lo cual, sin embargo, no fue finalmente hecho de esta manera en el Acuerdo, ni en el Tratado del Tribunal.

¹²² En lo que concierne a las competencias ejecutivas, García-Amador expresa que "tampoco son todas de la misma naturaleza y alcance". Dice este autor que de una parte "figuran las que miran al buen funcionamiento de los mecanismos del Acuerdo de Cartagena y la correcta aplicación de sus disposiciones, así como el cumplimiento de las decisiones de la Comisión (e implícitamente, al de las resoluciones de la Junta). Una segunda categoría o tipo de competencia ejecutiva es la de aquellas que se atribuyen a los órganos subregionales para autorizar o denegar autorización a los países miembros sobre actos u omisiones de su parte que estén explícitamente previstos en el Acuerdo en relación con varios de sus mecanismos. Las competencias para calificar determinados actos de los países miembros u otros derechos o asuntos constituyen un tercer grupo. Dentro del régimen especial que establece el Acuerdo para Bolivia y el Ecuador se atribuyen algunas de estas competencias juntamente con otras diferentes" (GARCIA-AMADOR, *ob. cit.*, pp. 114-115).

¹²³ Básicamente las atribuciones en este sentido vienen derivadas de su deber de "Velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" (art. 30, lit. a), AC), para lo cual el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia le dio importantes facultades en la acción de incumplimiento (arts. 23, 24, 25, 26 y 27 TTA) y en general para la determinación de violaciones de las normas del derecho andino. Igualmente se observan facultades de este tipo en el régimen de las Cláusulas de Salvaguardia (arts. 107, 108, 109 y 110 AC), que está sometido a autorizaciones y pronunciamientos de la Secretaría General, en ejercicio de lo cual emite actos administrativos comunitarios al ser de carácter individual y en el artículo 73 AC, que dispone que la Secretaría General determinará si una medida adoptada unilateralmente por un país miembro constituye "gravamen" o restricción" a la libre circulación de los bienes dentro del territorio de la subregión andina.

8.2. El poder de ejecución administrativa con fines de aplicación material por otros órganos andinos

Tanto el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como la Comisión pueden reservarse el derecho de ejercitar directamente poderes ejecutivos. Sin embargo, esto sólo puede ocurrir en casos específicos porque el órgano ejecutivo por excelencia es, según el Acuerdo de Cartagena, la Secretaría General (art. 29 AC).

En efecto, de conformidad con varios artículos del Acuerdo de Cartagena, la Comisión de la Comunidad Andina tiene facultades para realizar funciones de ejecución administrativa, las que están expresamente atribuidas por el derecho originario. Así, según el artículo 65 AC, la Comisión, "a propuesta de la Secretaría General, aprobará Proyectos de Integración Industrial, los cuales se ejecutarán respecto de productos específicos o familias de productos, preferentemente nuevos, mediante acciones de cooperación colectiva y con la participación de todos los Países miembros".

En el mismo sentido, el artículo 98 AC dispone que los países miembros "se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo" y a "celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión". Sobre esto, la Comisión, previa propuesta de la Secretaría General y mediante Decisión, "se pronunciará sobre dichas consultas y fijará los términos a los que deberán sujetarse los compromisos de carácter arancelario".

Igualmente, como ejemplo de actuación de ejecución administrativa con fines de aplicación material por parte de la Comisión, en este caso de normas del Acuerdo de Cartagena, el artículo 110 AC establece que si "una devaluación monetaria efectuada por uno de los Países Miembros altera las condiciones normales de competencia, el país que se considere perjudicado podrá plantear el caso a la Secretaría General, la que deberá pronunciarse breve y sumariamente. Verificada la perturbación por la Secretaría General, el país perjudicado podrá adoptar medidas correctivas de carácter transitorio y mientras subsista la alteración, dentro de las recomendaciones de la Secretaría General. En todo caso, dichas medidas no podrán significar una disminución de los niveles de importación existentes antes de la devaluación. Sin perjuicio de la aplicación de las medidas transitorias aludidas, cualquiera de los Países Miembros **podrá pedir a la Comisión una decisión definitiva del asunto**. El País Miembro que devaluó podrá pedir a la Secretaría General, en cualquier tiempo, que revise la situación, a fin de atenuar o suprimir las mencionadas medidas correctivas" y el dictamen de la Secretaría General **"podrá ser enmendado por la Comisión"**.

Otro ejemplo de facultades de ejecución administrativa con fines de aplicación material por parte de la Comisión lo tenemos en el artículo 120 AC según el cual "[s]i como consecuencia del cumplimiento del Programa de Liberación del Acuerdo un país miembro sufre dificultades

relacionadas con sus ingresos fiscales, la Secretaría General podrá proponer a la Comisión, a petición del país afectado, medidas para resolver tales problemas. En sus propuestas, la Secretaría General tendrá en cuenta los grados de desarrollo económico relativo de los Países Miembros".

En el mismo sentido, el artículo 153 AC establece que el país miembro que desee denunciar este Acuerdo "deberá comunicarlo a la Comisión". "Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia". Este plazo "podrá ser disminuido en casos debidamente fundados por decisión de la Comisión y a petición del País Miembro interesado".

Así las cosas, en principio hay una preferencia, como lo ha establecido en Europa tanto el Tratado de la Comunidad Europea¹²⁴ como el Tribunal en su jurisprudencia¹²⁵, en cuanto al órgano encargado de ejecutar administrativamente el derecho comunitario, que allá es la Comisión y en la Comunidad Andina es la Secretaría General, lo que es resultado, según Lenaerts, "de la preocupación por preservar el *equilibrio institucional* inherente al proceso decisorio establecido en el Tratado". Así, según este autor, "el riesgo de que el Consejo pueda desdibujar las líneas entre los actos legislativos y ejecutivos cuando decide sobre ambos es mucho mayor que cuando una institución (el Consejo) decide sobre los actos legislativos y otra (la Comisión) sobre actos ejecutivos"; y "desdibujar las líneas significa que el Consejo tiende a decidir todo por sí mismo en una serie de denominados actos ejecutivos, que de hecho deberían caracterizarse como actos legislativos y ser, en consecuencia, adoptados de acuerdo con el procedimiento decisorio establecido en las disposiciones del Tratado que sirvan como base jurídica de dichos actos legislativos"¹²⁶.

En el ejercicio del poder de ejecución administrativa, los órganos comunitarios deberán respetar el principio de *inderogabilidad singular* conforme al cual el órgano que haya adoptado un reglamento general en desarrollo de uno de los objetivos del derecho originario, no puede luego derogar las reglas establecidas en ese reglamento al aplicarlas al caso concreto sin perturbar el sistema legislativo de la Comunidad y destruir la igualdad ante la ley de aquellos a quienes se aplica el derecho¹²⁷. En pocas palabras, un acto de ejecución individual del derecho derivado no puede

¹²⁴ Véase artículo 211 TCE antes citado.

¹²⁵ Véase sentencia *Köster* del TCE antes citada.

¹²⁶ Citado por ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 142.

¹²⁷ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 142.

violar al derecho secundario mismo, aun siendo adoptado por el mismo órgano¹²⁸, y menos aún puede un acto de ejecución administrativa de carácter individual violar uno de ejecución normativa de carácter general, aún cuando hayan sido dictados ambos por el mismo órgano.

Así las cosas, resulta claro que en la Comunidad Andina, tanto la Secretaría General como el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión tienen facultades ejecutivas, no sólo en el estadio aplicativo del derecho comunitario, cuando ello no corresponda a los Estados miembros, sino también tiene facultades en la fase intermedia de desarrollo normativo del derecho secundario por la propia Comunidad. Esto es, cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión establezcan competencias de ejecución de sus normas, éstas deben recaer por regla general en la Secretaría General y sólo excepcionalmente en aquéllos, con lo cual el órgano ejecutivo andino debe gozar, como la Comisión europea, de predominio o presunción a estos efectos.

8.3. Las Resoluciones como manifestación del ejercicio del poder de ejecución administrativa con fines de aplicación material del derecho derivado

La expedición de las Resoluciones¹²⁹ de carácter administrativo se encuentra regulada en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina¹³⁰.

¹²⁸ Igualmente, el artículo 9 RPA establece que los "actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo". Continúa este artículo diciendo que "A los efectos del presente Reglamento se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto".

¹²⁹ Según el artículo 6 RPA, "la Secretaría General expresará su voluntad a través de Resoluciones". El mismo artículo dispone que "Las Resoluciones de la Secretaría General serán dictadas por el Secretario General y tramitadas de acuerdo con el procedimiento aplicable".

¹³⁰ Según el artículo 1 RPA, este Reglamento "regirá los procedimientos para la expedición de Resoluciones y el ejercicio de los demás actos jurídicos análogos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como los procedimientos para la revisión de dichos actos por parte de la propia Secretaría General". En consecuencia, según el mismo artículo, se aplica a :

"a) Los procedimientos administrativos que se sigan ante la Secretaría General y que se refieran a controversias entre dos o más Países Miembros, entre particulares de éstos, entre particulares y Países Miembros, o entre particulares o Países Miembros y la Secretaría General, por aplicación de normas que formen parte del ordenamiento jurídico comunitario;

b) Los procedimientos administrativos que la Secretaría General siga de oficio, conforme a sus funciones propias;

c) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de gravámenes o restricciones aplicados por Países Miembros al comercio intrasubregional de mercancías;

d) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de incumplimientos de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

Estas Resoluciones deberán ajustarse a lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (art. 8 RSG). Sin embargo, como puede haber Resoluciones administrativas que no necesariamente deben estar ajustadas a Decisiones porque pueden ser el producto de la ejecución directa de los tratados constitutivos, como es el caso de las dictadas en los casos de acciones de incumplimiento, de cláusulas de salvaguardia y determinación de gravámenes y restricciones, entre otras, el mismo artículo establece que lo anterior "se entenderá sin perjuicio de las competencias que el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal confieren a la Secretaría General y sin menoscabo de la facultad del Secretario General de acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conforme a lo previsto en su Tratado de Creación", lo que puede suceder, de acuerdo con el artículo 17 TTA, en la acción de nulidad y también en los casos de los artículos 23 y 24 TTA de la acción de incumplimiento.

Las Resoluciones de la Secretaría General entran en vigencia y producen sus efectos a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, salvo que la propia Resolución señale una fecha distinta (arts. 3 TTA y 15 RPA). Ahora bien, independientemente de esta disposición, la Secretaría General "notificará a los Países Miembros, a través de sus respectivos organismos nacionales de integración, **todas las Resoluciones** dentro de las 24 horas siguientes a su adopción y podrá además enviar copia de ellas a las dependencias correspondientes". La Secretaría General notificará además a los países miembros los demás actos que puedan afectarlos en sus intereses y a los particulares, en el domicilio señalado por éstos, cualquier acto de carácter particular que afecte directamente sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (art. 17 RPA).

De todo procedimiento se formará un único expediente donde se acumularán todos los documentos vinculados con el asunto, aun cuando intervengan varias dependencias de la Secretaría General. En cada caso, la dependencia responsable del expediente se determinará de acuerdo con la materia (art. 21 RPA).

e) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de prácticas que puedan distorsionar la competencia en la Subregión, tales como dumping, subsidios o prácticas restrictivas de la libre competencia;

f) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General, con el fin de autorizar, modificar o suspender medidas de salvaguardia aplicadas por Países Miembros;

g) Los demás procedimientos que tengan como resultado la expedición de Resoluciones de la Secretaría General.

Quedan excluidos de la aplicación del presente Reglamento los procedimientos administrativos que se sigan ante la Secretaría General que conduzcan a la elaboración de Propuestas de Decisión o a la organización interna de la Secretaría General."

El expediente empezará con el primer escrito del interesado o, cuando se haya iniciado de oficio, con la orden del Secretario General o del funcionario de la Secretaría General en quien éste haya delegado tal facultad, y en él se irán agregando, por escrito y en orden cronológico, los documentos, escritos y demás actuaciones, debidamente foliados, formando con todos ellos un solo cuerpo (art. 22 RPA).

La Secretaría General podrá revocar de oficio o a solicitud de parte sus actos cuando no afecten derechos adquiridos por países miembros o particulares. Se considerarán causales de revocatoria las siguientes:

- a) Las contempladas en el artículo 12 RPA, es decir, las causales de nulidad de pleno derecho como son, de acuerdo con este artículo, la contravención del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, la imposible o ilegal ejecución de su contenido y cuando hubiesen sido dictadas las Resoluciones por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento.
- b) Los vicios a que se refiere el artículo 13 RPA, es decir, los vicios que no llegaren a producir la nulidad de pleno derecho pero que los hicieren anulables¹³¹.

Según el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, los errores materiales o de cálculo de los actos de este órgano comunitario "podrán ser corregidos en cualquier momento" (art. 35 RPA) y la "Secretaría General podrá subsanar en cualquier tiempo sus actos anulables, corrigiendo el vicio de que adolezcan". En casos de vicios subsanables del procedimiento, la Secretaría podrá reponer la causa al estado anterior al momento en que se produjo el acto viciado (art. 36 RPA).

Los interesados podrán solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier Resolución de ésta, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido. Igualmente podrán solicitar la reconsideración de los actos de la Secretaría General que impongan medidas cautelares mientras tales medidas estén vigentes (art. 37 RPA).

Al solicitar la reconsideración de actos de la Secretaría General, los interesados podrán impugnarlos, entre otros, por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder. Cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la

¹³¹ Según el artículo 13 RPA, "Los vicios de los actos de la Secretaría General que no lleguen a producir la nulidad de pleno derecho conforme al artículo anterior, los harán anulables". Agrega el artículo 14 RPA que "Cuando los vicios se refieren sólo a parte del acto, lo que no se afecte conservará plena validez".

resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente, deberá estar acompañado de tales nuevas pruebas (art. 39 RPA).

El ejercicio de un recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo disposición expresa en contrario. Sin embargo, de oficio o a petición del interesado, el Secretario General podrá disponer mediante auto la suspensión de los efectos del acto recurrido mientras dure el procedimiento, cuando su ejecución pueda causar un daño irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la Resolución definitiva o si el recurso se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto. Cuando sea necesario y se trate de personas naturales o jurídicas, el Secretario General podrá imponer en el mismo auto a la parte solicitante la presentación de una caución, como condición para la suspensión del acto (art. 41 RPA).

Interpuesto el recurso administrativo, el cual es de carácter opcional (art. 37 RPA), el interesado no podrá impugnar el mismo acto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mientras no se produzca la resolución respectiva o no se venza el plazo que tenga la Secretaría General para resolver (art. 43 RPA).

8.4. Las Resoluciones como manifestación del ejercicio del poder de ejecución administrativa con fines de aplicación material directamente otorgado por el derecho originario

Cuando iniciamos el aparte sobre el poder de ejecución administrativa en la Comunidad Andina, dijimos que la Secretaría General es el órgano ejecutivo por excelencia y por regla general debía encargarse de ejecutar administrativamente el derecho derivado andino, de lo cual se producen Resoluciones de rango sublegal. Pero también vimos que su función ejecutiva también puede ser de naturaleza normativa, lo que le permite dictar Resoluciones de carácter general, que constituyen el llamado derecho derivado terciario porque desarrolla el derecho secundario generado por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión¹³² o la propia Secretaría General en los casos puntuales en que puede hacerlo, tal como lo permite el mismo Reglamento de Procedimientos Administrativos de este órgano¹³³.

¹³² Según el artículo 3, literal p) RSG, le corresponde a este órgano comunitario "Ejercer las demás atribuciones que le confiere el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como aquellas que le encomienden o confieran los órganos decisorios del Acuerdo".

¹³³ En efecto, el artículo 9 RPA establece que los actos de este órgano "que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo". "A los efectos del presente Reglamento", continúa este artículo, "se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto".

Ahora bien, la Secretaría General, además de sus funciones normativas que le permiten dictar Resoluciones de carácter reglamentario de ejecución del derecho derivado y las funciones administrativas que le permiten emitir Resoluciones de carácter particular con fines de aplicación material, también en ejecución del derecho derivado, tiene igualmente atribuciones de naturaleza administrativa que le permiten actuar individualmente en conexión directa del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Creación del Tribunal, sin que necesite para ello la habilitación del derecho derivado como en las funciones anteriores.

La función más importante en este sentido viene dada de su importante atribución presente en el Acuerdo de Cartagena de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Con base en esta facultad, la Secretaría General puede actuar autónomamente frente a los Estados miembros e inclusive contra actos de los demás órganos comunitarios, y en la realización de estas actividades la Secretaría General no se encuentra bajo ningún grado de inferioridad frente al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores ni de la Comisión de la Comunidad Andina.

En efecto, el Acuerdo de Cartagena, al mismo tiempo que establece que la Secretaría General "es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina" (art. 29 AC), que "otorgará apoyo técnico, cuando corresponda a los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración" (art. 29 AC) y que atenderá "los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión" (art. 30, lit. b) AC), también dispone que entre sus funciones está la de "Velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" (art. 30, lit. a) AC) y "Ejercer las demás atribuciones que expresamente le confiere el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" (art. 30, lit. ñ) AC).

Así, la Secretaría General de la Comunidad Andina recibe directamente del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia la posibilidad de actuar directamente sobre los Estados miembros y los particulares ya no como órgano ejecutivo subordinado de los otros órganos principales de la Comunidad sino como un órgano ejecutivo autónomo con funciones propias otorgadas por el mismo derecho originario. En este sentido, la Secretaría General puede:

- a) "realizar o promover acciones de cooperación, incluyendo las de racionalización y modernización industrial, a favor de cualquier actividad del sector y, en especial, de la pequeña y mediana industria de la Subregión, con el fin de coadyuvar al desarrollo industrial de los Países Miembros" (art. 68 AC);
- b) determinar "en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye "gravamen" o "restricción" (art. 73 AC);

- c) adoptar "las medidas necesarias para acelerar el desarrollo agropecuario y agroindustrial de Bolivia y el Ecuador y su participación en el mercado ampliado" (art. 101 AC);
- d) autorizar a los países miembros la extensión a productos incorporados al Programa de Liberación de "medidas para corregir el desequilibrio de su balanza de pagos global" (art. 107 AC);
- e) autorizar a un país miembro la aplicación de medidas correctivas de carácter transitorio y en forma no discriminatoria si el cumplimiento del Programa de Liberación del Acuerdo "causa o amenaza causar perjuicios graves a la economía de un País Miembro o a un sector significativo de su actividad económica" (art. 108 AC);
- f) pronunciarse sobre medidas correctivas no discriminatorias de carácter provisional de un país miembro que eviten importaciones de productos originarios de la subregión porque ocurran en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de ese país miembro (art. 109 AC);
- g) pronunciarse sobre una devaluación monetaria efectuada por uno de los países miembros que altere las condiciones normales de competencia para que el país perjudicado pueda adoptar medidas correctivas de carácter transitorio y mientras subsista la alteración (art. 110 AC);
- h) fijar los requisitos específicos de origen para los productos que así lo requieran y cuando en un Programa de Integración Industrial sea necesaria la fijación de requisitos específicos, "la Secretaría General deberá establecerlos simultáneamente con la aprobación del programa correspondiente" (art. 113 AC).

Pero las facultades administrativas más importantes que recibe la Secretaría General directamente del derecho originario son las relacionadas con la vigilancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que le permite iniciar, dirigir y sustanciar el procedimiento administrativo de la acción de incumplimiento, el cual termina con un acto de la Secretaría General que determina si hay o no el incumplimiento denunciado (arts. 23¹³⁴, 24¹³⁵ y 25¹³⁶

¹³⁴ **Artículo 23 TTA.-** "Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría General."

TTA). Igualmente la Secretaría General puede intentar la acción judicial para que el Tribunal de Justicia determine si existe el incumplimiento denunciado.

De la misma forma, en los casos en que la Secretaría General hubiere emitido una Resolución de verificación de la existencia de gravamen o restricción o cuando se trate de un caso de incumplimiento flagrante, este órgano comunitario, de conformidad con su reglamento, emitirá, a la brevedad posible, un dictamen motivado, a partir del cual éste o el país miembro afectado podrán acudir directamente al Tribunal (art. 26 TTA)¹³⁷.

¹³⁵ **Artículo 24 TTA.-** "Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal."

¹³⁶ **Artículo 25 TTA.-** "Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, por la misma causa."

¹³⁷ El Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General tiene previstos procedimientos para la calificación de gravámenes o restricciones. Cuando los países miembros o los particulares interesados consideren que una medida aplicada unilateralmente por un país miembro constituye un gravamen o restricción al comercio intrasubregional, podrán dirigirse a la Secretaría General a fin de solicitar su pronunciamiento (art. 46 RPA).

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de una solicitud para la calificación de gravámenes o restricciones, la Secretaría General deberá analizar la documentación presentada a los fines de determinar si la misma cumple con los requisitos exigidos en el artículo anterior. En caso contrario, notificará por escrito al solicitante sobre cualquier omisión o insuficiencia en la solicitud (art. 48 RPA).

Una vez que la Secretaría General encuentre que la solicitud cumple los requisitos exigidos, dará inicio a la investigación. La Secretaría General podrá igualmente iniciar investigaciones de oficio cuando disponga de información con respecto a medidas aplicadas unilateralmente por un país miembro que puedan constituir gravámenes o restricciones al comercio intrasubregional (art. 49 RPA).

Dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de la respuesta del país miembro denunciado, la Secretaría General deberá emitir su resolución calificando si la medida constituye o no un gravamen o restricción al comercio intrasubregional (art. 54 RPA).

De la misma forma, la Secretaría General tiene facultades para intentar la acción de nulidad de las Decisiones en las que considere que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión ha violado el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (art. 17 TTA)¹³⁸.

Otra facultad que recibe la Secretaría General directamente del derecho originario es la de dirimir mediante arbitraje administrativo las controversias que le sometan los particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. La Secretaría General deberá emitir su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el cual será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acuerden lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada país miembro (art. 39 TTA).

Así las cosas, las Resoluciones de la Secretaría General en ejercicio de sus facultades de ejecución administrativa pueden ser muy variadas y algunas de ellas tienen procedimientos especiales para su emisión, como es el caso de las que se dictan en las acciones de incumplimiento¹³⁹ y en las de determinación de gravámenes o restricciones en la libertad de circulación de bienes¹⁴⁰. En los demás casos, independientemente de que las facultades que las producen son otorgadas directamente por el derecho originario o por el derecho derivado, la emisión de las Resoluciones se rigen por el procedimiento administrativo general¹⁴¹ ya descrito brevemente en el aparte precedente. En ambos casos, tales procedimientos están establecidos en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

9. El control del Tribunal de Justicia sobre los órganos de la Comunidad Andina

Dentro de la organización de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia es el único órgano que ejerce una de las funciones públicas tradicionales de una manera monopólica, muy semejante a lo que ocurre en los Estados modernos. Ciertamente, hemos visto a lo largo de este capítulo que en

¹³⁸ **Artículo 17 TTA.-** "Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado."

¹³⁹ Véanse artículos 56 y siguientes RPA.

¹⁴⁰ Véanse artículos 46 y siguientes RPA.

¹⁴¹ Véanse artículos 19 y siguientes RPA.

la Comunidad Andina no existe una división de poderes entre los distintos órganos comunitarios sino que tales poderes están distribuidos entre los mismos a través de distintas competencias, coexistiendo en casi todos los órganos decisorios funciones políticas, legislativas y ejecutivas, mas no las jurisdiccionales que solamente están presentes en el Tribunal de Justicia.

Cuando se trata de la función jurisdiccional, la regla anterior no se cumple ya que esta función sí coincide toda ella con un solo órgano y es únicamente éste, el Tribunal de Justicia, el que puede ejercerlas. Cuando se trata de las funciones jurisdiccionales, ni el Consejo Presidencial Andino, ni el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, ni la Comisión, ni la Secretaría General pueden ejercerlas sino que ellas están atribuidas al Tribunal de Justicia, el cual, junto con los tribunales nacionales, conforma un sistema judicial comunitario¹⁴². Esto es distinto a lo que ocurre con las funciones políticas, legislativas y ejecutivas, que, como vimos, están presentes indistintamente en todos los órganos mencionados a través de distintas competencias y lo más que

¹⁴² Como lo dice el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 TTA, "corresponde al "juez nacional" aplicar las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en las causas para las cuales tenga jurisdicción y competencia". "Ahora bien", dice este Tribunal, "la "aplicación" autorizada por el Tratado puede y debe darse cuando las personas naturales o jurídicas nacionales acudan al "juez nacional" (sic) en demanda del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Países Miembros del Acuerdo, en virtud de lo establecido en el mismo Tratado Constitutivo del Tribunal (art. [4])".

(...)

"Consecuentemente con lo anterior", continúa el órgano judicial comunitario en esta sentencia, "cabe reiterar que la "aplicación" de las citadas normas de la integración, de acuerdo con la estructura jurídica adoptada para el Acuerdo de Cartagena, es tarea que corresponde a los jueces nacionales. Es cierto que para ello requieren de la colaboración del tribunal comunitario, el cual debe emitir una interpretación "uniforme" de las normas comunes, pero ello no quiere decir que el tribunal deba "aplicar" dichas normas. Su colaboración se limita a señalar el entendimiento o alcance de la ley común, la cual debe ser aplicada por el juez nacional".

"Si se entiende por "aplicación" de la norma "la acción de someter un caso individual a una prescripción general", dice el Tribunal andino, "no cabe duda de que es al juez nacional a quien corresponde aplicar las reglas comunitarias cuando ello sea necesario para dictar el fallo de fondo. Dicha aplicación es un proceso complejo dentro del cual deberá atenderse a los hechos debidamente demostrados y al derecho nacional o interno, tanto adjetivo como sustantivo. En relación con tales aspectos, sin duda definitivos, el juez nacional es soberano mientras que el tribunal comunitario carece de competencia, de acuerdo con el artículo [34] del Tratado de su creación. Ocurre, sin embargo, que la "aplicación" de la norma comunitaria supone además, básicamente, como premisa de carácter normativo *sine qua non* que se interprete el alcance y sentido exactos de la norma aplicable. Y esta tarea hermenéutica la que es propia del juez comunitario, ante la imperiosa necesidad de que el derecho de la integración se aplique de manera uniforme en la Subregión. El aporte del Tribunal, por tanto, se limita a este aspecto normativo, sin que pueda afirmarse que deba "aplicar" la norma, como podría entenderse de los términos de la solicitud de interpretación cuando el juez solicitante manifiesta que: "...con todo comedimiento solicito de ese alto Tribunal de Justicia se emita interpretación por vía prejudicial respecto de la aplicación de los artículos indicados en la referencia..." (...). De allí que la tarea de "aplicar" la norma es de la exclusiva competencia del juez nacional, cuando encuentre, en los hechos, que se ha realizado el supuesto previsto por la norma común teniendo en cuenta la interpretación que haga el Tribunal comunitario en cada caso" (sentencia TJCA, proceso 2-IP-91, de 26 de febrero de 1991, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Tomo II, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena-Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina, Buenos Aires, 1994, pp. 161-163).

ocurre es que en cada uno de ellos prevalezca una función de éstas sobre las demás, lo que no quiere decir ni que las demás funciones no las ejerzan, ni que los demás órganos no tengan atribuciones en funciones en principio prevalentes en otros órganos¹⁴³.

Así pues, el Tribunal de Justicia, siendo quien tiene el monopolio de la función jurisdiccional en la Comunidad Andina, es el único que puede ejercer un control de constitucionalidad y legalidad sobre los demás órganos comunitarios, de una manera tal que sus decisiones no tienen recurso posible. En el ejercicio de esta función, el Tribunal de Justicia se comporta en algunos casos como un tribunal constitucional y en otros como una jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual dependerá del tipo de actos que le corresponda revisar o controlar. Así lo ha entendido el propio Tribunal de Justicia cuando ha manifestado que en el ordenamiento comunitario andino, "a semejanza de lo que acontece en el derecho interno de los Estados, existe un sistema de control de las normas jurídicas garantizado por una jurisdicción contencioso-administrativa ejercida a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los términos delineados en los artículos 17 a 23 de su Tratado de Creación". El Tribunal de Justicia en la misma sentencia expresó que "[d]e no cumplirse el grado de subordinación o legalidad en el ordenamiento jurídico andino, corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina conocer de la respectiva acción de nulidad no solamente por violación de normas superiores, incluso por desviación de poder en las actuaciones del órgano comunitario"¹⁴⁴.

Más adelante en esta decisión, el Tribunal de Justicia, citando a un importante autor colombiano, hace suyas las palabras de éste cuando dice: "Como sistema para el control de legalidad se asemeja a la acción de inconstitucionalidad o inexequibilidad, la que sin duda ha sido de las mayores conquistas del derecho constitucional moderno, hasta el punto que se le considera, con toda razón, como el verdadero fundamento del llamado "Estado de Derecho". Es en este sentido, una acción pública por esencia ya que se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares"¹⁴⁵

¹⁴³ Esto es lo que ocurre con el Consejo Presidencial Andino, que en principio es el órgano político del Acuerdo, pero tanto el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como la Comisión también tienen funciones políticas. De la misma manera, el CAMRE y la Comisión, que, en principio, son los órganos legislativos del Acuerdo, aunque no lo dice expresamente el Acuerdo de Cartagena, deben coexistir en el ejercicio de estas funciones con la Secretaría General, que también tiene a su cargo funciones normativas. Igualmente ocurre con la función ejecutiva, que en principio está asignada a la Secretaría General, pero en la que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones y la Comisión tienen importantes atribuciones.

¹⁴⁴ Sentencia TJCA, proceso 5-AN-97, de 8 de junio de 1998, GOAC No. 361 de 7 de agosto de 1998, p. 24.28.

¹⁴⁵ Sentencia TJCA, proceso 5-AN-97, de 8 de junio de 1998, GOAC No. 361 de 7 de agosto de 1998, p. 24.28.

Con esta naturaleza de juzgado constitucional y contencioso-administrativo, el Tribunal de Justicia le corresponde dilucidar las competencias de cada uno de los órganos andinos, que como vimos en algunos casos pueden solaparse porque no están distribuidas las funciones de una manera matemática entre los mismos sino que hay una distribución de competencias entre ellos, en la que un mismo órgano puede tener a su cargo atribuciones en distintas funciones, similares en algunos aspectos con las de otros, en las que incluso pueden coincidir por haber "zonas grises", como pasa muy corrientemente entre la Comisión y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores porque ambos tienen atribuidas competencias normativas en las mismas materias.

Respecto a esta dicotomía entre lo constitucional y lo contencioso-administrativo en el Tribunal de Justicia andino, es importante decir que en el sistema jurisdiccional comunitario europeo una de sus características *sui generis*, comparándolo con los sistemas jurisdiccionales constitucionales de los Estados miembros, es ése de que el parámetro básico de control en éstos es la constitucionalidad y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como el de la Comunidad Andina, garantiza no solamente la conformidad con los tratados constitutivos –el derecho constitucional comunitario- sino en general todo el ordenamiento jurídico, del cual es su intérprete supremo, lo que incluye la legislación secundaria y los principios generales del Derecho. Esto implica que el Tribunal de Justicia emplea en el ejercicio de sus funciones de control las técnicas tanto del juez constitucional como las del juez contencioso-administrativo.

Así, cuando el Tribunal de Justicia actúa como un juez constitucional revisa la constitucionalidad de las medidas que han sido dictadas basadas en los tratados constitutivos por los órganos comunitarios y los Estados miembros. También actúa como tal cuando define a través de su jurisprudencia los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario.

De la misma forma, el Tribunal de Justicia actúa como un juez contencioso-administrativo cuando revisa la legalidad de las medidas nacionales y comunitarias basadas en otras normas comunitarias dictadas en desarrollo del derecho originario, cuyo contenido es usado como parámetro de validez. Igualmente, cuando revisa la legalidad de los actos individuales.

En todo caso, se trata en ambos sistemas, el andino y el europeo, de un orden judicial comunitario autónomo en su naturaleza, con características de permanencia, con una jurisdicción obligatoria para ambos ejercer los controles de constitucionalidad y contencioso-administrativo, en el contexto de su propia normativa de acciones y recursos. Estas funciones controladoras son complementadas con su función de intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario, que garantiza la uniformidad en la implementación de este derecho¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Sobre este tema de la constitucionalidad y la legalidad en el control ejercido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, véase ALONSO GARCIA, "Community and National Legal Orders...", *ob. cit.*, pp. 89-91.

Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las normas sujetas al control de legalidad y constitucionalidad y, en consecuencia, el objeto de la correspondiente acción o recurso, son los actos que emanan de los órganos comunitarios, "que han de sujetarse en su conformación y preparación a las reglas generales que el Derecho Administrativo ha instrumentado dentro de la teoría general del acto administrativo". Con estas ideas, el Tribunal ha considerado que los actos, por ejemplo, de la Secretaría General, llamados Resoluciones por el derecho originario, son "un acto puramente administrativo –que como se dirá más adelante goza de presunción de legalidad y de necesaria obligatoriedad- que están expuestas a incurrir en causales de nulidad por vicio en uno de sus requisitos como la causa o la motivación y por lo tanto pueden ser objeto de impugnación ya en la propia vía o fase administrativa (...) como en la etapa contencioso-administrativa o fase judicial ante este Tribunal andino"¹⁴⁷. Sin embargo, ya hemos visto que no todos los actos andinos son administrativos y por lo tanto susceptibles de un control contencioso-administrativo

Así, pese a que el Tribunal de Justicia considera que la jurisdicción por él ejercida puede ser considerada como una de tipo constitucional o una de carácter contencioso-administrativa, en esta sentencia pareciera decir que cuando se trata de Resoluciones de la Secretaría General, el mismo se comporta únicamente como un juez contencioso-administrativo ya que considera que todas las Resoluciones son actos administrativos, independientemente de que sean dictadas en ejecución directa del Acuerdo o del derecho derivado, o sean Decisiones de la Comisión o del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, o que sean de contenido normativo o administrativo. Este criterio nos parece discutible por cuanto en las Resoluciones de contenido normativo dictadas en directa conexión con los tratados constitutivos el Tribunal ejerce, no un control de legalidad como siempre lo llama en sus sentencias, sino un control de constitucionalidad porque su parámetro de comparación es el Acuerdo de Cartagena o su tratado de creación. Distinto es el caso de las Resoluciones de contenido administrativo y de carácter individual dictadas en aplicación de las Decisiones, en las que obviamente el Tribunal de Justicia se comporta como un juez contencioso-administrativo porque su parámetro de validez es el derecho derivado¹⁴⁸.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia andino sigue insistiendo en la mayoría de sus sentencias en su doble carácter como juez. Así, en otro de sus pronunciamientos ha expresado que "si se tiene

¹⁴⁷ Sentencia TJCA, proceso 5-AN-97, de 8 de junio de 1998, GOAC No. 361 de 7 de agosto de 1998, p. 25.28.

¹⁴⁸ Sin embargo, el Tribunal de Justicia andino insiste en decir en todas sus sentencias, independientemente del tipo de acto de que se trate, que como ocurre en el derecho interno de los Estados, "en el ordenamiento comunitario existe un sistema de control de legalidad de las normas jurídicas garantizado por una jurisdicción contencioso-administrativa ejercida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena" (sentencia TJCA, proceso 1-AN-97, de 26 de febrero de 1998, GOAC No. 340 de 13 de mayo de 1998, p. 19.52).

presente que lograda la autonomía del Derecho de la Integración respecto del Derecho Internacional las Comunidades han venido configurando su ordenamiento jurídico a imagen y semejanza del de los Estados que las conforman y los textos constitutivos de las mismas aparecen como equivalentes a los constitucionales de derecho interno; y por su parte el derecho comunitario "derivado" de aquéllos son como una suerte de Derecho Administrativo Comunitario en tanto se constituya en ejecución directa e inmediata de los primeros. Nada impide, en consecuencia, y es natural, que los principios generales extraídos del Derecho Constitucional y Administrativo internos de los Países Miembros inspiren las soluciones de Derecho comunitario, sin pretender que uno u otro signifique una copia o imitación de los derechos nacionales"¹⁴⁹.

No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina insiste más en sus sentencias en su papel como juez contencioso-administrativo, olvidándose un poco que en el control que ejerce la constitucionalidad es muy importante, sobre todo porque cada órgano andino ejerce distintas funciones. Esto lo vemos en una sentencia en la que este Tribunal dice que en el ordenamiento comunitario andino, "a semejanza de lo que acontece en el derecho interno de los Estados, existe un sistema de control de las normas jurídicas garantizado por una jurisdicción contencioso-administrativa, ejercida a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina"¹⁵⁰ sin mencionar la jurisdicción constitucional, lo que no debería hacerse por cuanto ambos tipos de control van de la mano al mismo tiempo.

En la misma sentencia, el Tribunal andino continúa diciendo que "[e]l control judicial de la legalidad asignado en forma exclusiva a un solo órgano comunitario de carácter jurisdiccional, persigue a la vez el objetivo esencial que debe primar dentro de un sistema de integración como es la seguridad jurídica, base primordial para el fortalecimiento institucional, así como elemento regulador de la confianza que los beneficiarios del Acuerdo de Cartagena –sus habitantes- depositan en el propio sistema como medio eficaz para su desarrollo y complejo desenvolvimiento". Así, "[l]as normas sujetas al control de la legalidad y, en consecuencia objeto de la correspondiente acción, son las Decisiones de la Comisión [y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores] y las Resoluciones de la Secretaría General (antes Junta); los motivos por los cuales los sujetos de la misma pueden recurrir al Tribunal con el planteamiento procesal respectivo, son todos aquellos que pueden afectar la validez de un acto administrativo, sea en el fondo o en la forma, y pueden desembocar en la nulidad absoluta o relativa del acto"¹⁵¹.

¹⁴⁹ Sentencia TJCA, proceso 03-AN-97, de 9 de marzo de 1998, GOAC No. 343 de 26 de mayo de 1998, pp. 13.60-1460.

¹⁵⁰ Sentencia TJCA, proceso 05-AN-97, de 8 de junio de 1998, GOAC No. 361 de 7 de agosto de 1998, p. 24.28.

¹⁵¹ Sentencia TJCA, proceso 05-AN-97, de 8 de junio de 1998, GOAC No. 361 de 7 de agosto de 1998, pp. 24.28-25.28.

Para el Tribunal de Justicia andino en la misma sentencia "[e]n principio, entonces, los actos que emanan de los órganos comunitarios, sujetos al control de la legalidad, han de sujetarse en su conformación y preparación a las reglas generales que el Derecho Administrativo ha instrumentado dentro de la teoría general del acto administrativo"¹⁵².

Como se puede observar, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina hace mucho énfasis en la conformación de un sistema de control de legalidad de los actos comunitarios, llamándolos inclusive, aparentemente sin excepciones, actos administrativos, dejando de lado que este órgano judicial también es un medio de control de la constitucionalidad de los actos comunitarios, en el que no solamente debe estar presente el Derecho Administrativo sino el Derecho Constitucional en general, especialmente porque tanto el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como la Comisión y la Secretaría General tienen facultades directamente otorgadas por el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, que son el Derecho Constitucional Comunitario, lo que hace que en muchas ocasiones no dicten propiamente actos administrativos sino actos de ejecución constitucional directa, que por lo tanto tienen rango legal y deben ser sometidos a un control de constitucionalidad¹⁵³.

Existen dos vías a través de las cuales el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina puede desentrañar directamente la constitucionalidad o ilegalidad de los actos u omisiones comunitarios. Una es la acción de nulidad¹⁵⁴ y la otra el recurso por omisión o inactividad¹⁵⁵. Indirectamente el

¹⁵² Sentencia TJCA, proceso 05-AN-97, de 8 de junio de 1998, GOAC No. 361 de 7 de agosto de 1998, p. 25-28.

¹⁵³ Y es que al ser posible que los actos comunitarios de cualquiera de los órganos andinos puedan ser dictados en ejecución directa del derecho originario o del derecho derivado, ello hace imposible e inconveniente que el Tribunal de Justicia sólo tenga posibilidades de ejercer un control de constitucionalidad o de legalidad de una manera excluyente o separada. Por la forma como están organizadas las funciones en la Comunidad Andina, las posibilidades de los controles jurisdiccionales de tipo constitucional o contencioso-administrativo deben estar presentes conjuntamente en el Tribunal de Justicia, sin poderse hacer *a priori* ninguna diferenciación entre tales controles o crear tribunales distintos para cada uno de ellos.

¹⁵⁴ El artículo 17 TTA, que establece la acción de nulidad, dispone que "[c]orresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado".

¹⁵⁵ El artículo 37 TTA, que establece el recurso por omisión o inactividad, dispone que "[c]uando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Países

Tribunal de Justicia andino también se pronuncia sobre la constitucionalidad y la legalidad de los actos comunitarios a través de lo que se llama en el ámbito andino la excepción de ilegalidad, que no es sino una forma distinta de llamar a la cuestión prejudicial de validez europea como veremos cuando estudiemos el sistema de recursos jurisdiccionales¹⁵⁶.

Adelantemos por el momento que, en lo que respecta a las omisiones comunitarias, no es el recurso por omisión la única acción a través de la cual se puede combatir la inactividad de las instituciones comunitarias en Europa y los órganos andinos. En efecto, no debe descartarse que las *omisiones relativas o de carácter parcial* puedan ser corregidas en las Comunidades Europeas en mayor o menor medida a través de decisiones dictadas en el marco de cuestiones prejudiciales de interpretación –interpretación prejudicial en el sistema judicial andino– planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, “e incluso en el contexto procesal de recursos de anulación o de cuestiones prejudiciales de validez cuyo trasfondo sea la insuficiencia de la normativa comunitaria impugnada –posibilidad ésta de control de las omisiones a través de mecanismos destinados a combatir comportamientos activos que, por lo demás, es también objeto de debate en los Estados miembros con relación a sus respectivas jurisdicciones constitucionales-”¹⁵⁷.

Miembros o las personas naturales o jurídicas en las condiciones del Artículo 19 de este Tratado, podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones”.

¹⁵⁶ En efecto, como veremos más adelante en el capítulo dedicado a los recursos judiciales andinos, el artículo 20 TTA, que forma parte de la sección del capítulo III (De las competencias del Tribunal) de la acción de nulidad, por considerarse como una excepción de ilegalidad, establece que “[a]unque hubiere expirado el plazo previsto en el párrafo anterior, cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a lo dispuesto en el artículo 17”.

Continúa este artículo diciendo que “[p]resentada la solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la decisión, resolución o Convenio al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél”.

Como puede verse, este artículo lo que realmente establece es una cuestión prejudicial de validez europea, más que una excepción de ilegalidad al estilo de la del artículo 241 TCE, porque se hace la solicitud de inaplicación de la norma supuestamente ilegal ante el tribunal nacional que conoce del litigio concreto, no ante el Tribunal de Justicia como sucede en la excepción de ilegalidad europea, y el tribunal nacional está obligado a aplicar la doctrina que al efecto establezca el Tribunal de Justicia en la consulta realizada.

Sin embargo, entre la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad europeas hay semejanzas ya que ambas son de carácter incidental, necesarias para resolver la controversia principal y tienen consecuencias parecidas porque implican la aplicación o no del derecho comunitario andino cuya legalidad se cuestiona, dependiendo del juicio positivo o negativo que sobre ella realice el Tribunal de Justicia.

La otra vía que existe en las Comunidades Europeas para controlar la constitucionalidad o legalidad de los actos comunitarios, como es la que determina la responsabilidad extracontractual de la Comunidad (art. 235 TCE), no existe en el sistema judicial de la Comunidad Andina.

¹⁵⁷ ALONSO GARCIA, “Actividad judicial v...”, *ob. cit.*, p. 90.

También la cuestión prejudicial de interpretación europea y su equivalente en la Comunidad Andina de la interpretación prejudicial son un posible cauce a través del cual "suplir silencios o insuficiencias normativas, abstracción hecha que detrás de esos silencios –o insuficiencias- haya o no una omisión en sentido estricto, esto es, una obligación jurídica de legislar"¹⁵⁸.

Finalmente, "en un terreno próximo a la omisión en cuanto a sus efectos, como es el de los vacíos que puede provocar en el ordenamiento una declaración judicial de nulidad, debe tenerse en cuenta como posible técnica judicial a utilizar frente al déficit normativo provocado por la anulación, la de dotar de eficacia prospectiva a la decisión anulatoria, congelando los efectos de la nulidad hasta que, en ejecución de la sentencia, las Instituciones procedan a legislar de nuevo de conformidad con el ordenamiento jurídico; posibilidad que, también presente en las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros (...), se ha visto igualmente concretada en Luxemburgo"¹⁵⁹.

Destaquemos, en otro orden de consideraciones, dentro del control sobre los órganos de la Comunidad Andina, que el Tribunal de Justicia ha hecho uso de teorías aplicables en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, en algunos casos de manera no del todo rigurosa. Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha considerado en alguna ocasión que los países miembros "han delegado en los diferentes órganos del Acuerdo, funciones específicas, dentro de un modelo similar al de la clásica división de los poderes de un Estado, con la finalidad de cumplir con las metas de la integración"¹⁶⁰.

Esto último, como hemos venido señalando, es incorrecto: en la Comunidad Andina, si bien hay una serie de funciones bien determinadas (políticas, normativas y ejecutivas), que coinciden con las que tienen los Estados modernos¹⁶¹, sin embargo no están distribuidas como en éstos de una manera separada en cada órgano en compartimientos estancos, de manera que coincida cada una de ellas con un órgano de la Comunidad¹⁶². En la organización andina cada órgano tiene atribuidas

¹⁵⁸ ALONSO GARCIA, "Actividad judicial v...", *ob. cit.*, p. 92-93.

¹⁵⁹ ALONSO GARCIA, "Actividad judicial v...", *ob. cit.*, p. 96.

¹⁶⁰ Sentencia TJCA, proceso 1-AN-96, de 16 de abril de 1997, GOAC No. 266 de 20 de mayo de 1997, p. 3.16.

¹⁶¹ No mencionamos a las jurisdiccionales porque sí están en manos de un solo órgano.

¹⁶² Aunque esta división clásica de poderes o funciones ya no ocurre ni siquiera en los Estados modernos de una manera radical, donde se aplica más una teoría de colaboración de funciones en la que existe una gran coordinación entre los distintos órganos públicos, pudiéndose dar inclusive interferencias aceptadas entre ellos y que el Poder Ejecutivo pueda legislar a través de los reglamentos y los demás poderes pueden dictar actos muy semejantes a los actos administrativos que, en principio, sólo pueden ser dictados por el Poder Ejecutivo.

competencias en las que puede haber el ejercicio de funciones políticas, normativas y ejecutivas, dependiendo de la materia de que se trate¹⁶³.

Afortunadamente, estas afirmaciones del Tribunal de Justicia sobre la distribución de funciones en la Comunidad Andina han sido luego matizadas, colocándolas en su justo término. Así, en una sentencia posterior, el órgano judicial comunitario dejó sentado que la Junta del Acuerdo de Cartagena (hoy Secretaría General) tiene facultades que "le permiten disfrutar de un poder normativo propio que puede dar lugar a la creación de derecho secundario no subordinado a las Decisiones de la Comisión por constituir actos de ejecución directa de normas del Acuerdo". "Este rango jurídico igualitario entre las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta", dice esta sentencia, "tiene razón de ser por cuanto en uno u otro caso el origen "legislativo" o "normativo" tiene fuente directa común en el Acuerdo de Cartagena". "Otra competencia distinta de la Junta es la de reglamentar o ejecutar las Decisiones de la Comisión, en este supuesto obviamente la jerarquía legal de las Resoluciones de la Junta es inferior y está supeditada a la de la Comisión" finaliza el Tribunal¹⁶⁴.

Queda claro, pues, que el Tribunal de Justicia ya distingue en un mismo órgano comunitario, en este caso la Junta del Acuerdo de Cartagena, la existencia de dos tipos de actos de distinto rango jurídico, lo cual dependerá de la norma que esté desarrollando el órgano que lo dictó y del contenido del acto. Así, en uno de los tipos de Resoluciones el órgano comunitario está ejerciendo funciones normativas en directa conexión con el Acuerdo de Cartagena, con lo cual tienen la misma jerarquía que las Decisiones, y en las otras Resoluciones el órgano andino está ejerciendo funciones ejecutivas de aplicación material al concretar administrativamente Decisiones de la Comisión o del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; igualmente, también tiene funciones

¹⁶³ Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, "un sistema jurídico como el de la integración, en el que el ordenamiento jurídico comunitario está constituido por normas de derecho primario y por regulaciones de orden secundario que las desarrollan, está ínsito el principio de legalidad de la normativa comunitaria. Según éste, la actividad de los órganos de administración del sistema debe estar regulada por normativa superior de manera que ellos no puedan actuar sino dentro del ámbito de las competencias trazadas en el sistema jurídico que los rige. En el presente caso, las disposiciones constitutivas de los Tratados y Protocolos Modificatorios (derecho primario) y las Decisiones de la Comisión (derecho secundario) tienen superior jerarquía a la normativa del órgano administrativo de la Comunidad, es decir, la Junta (hoy Secretaría General)" (sentencia TJCA, proceso 1-AN-97, de 26 de febrero de 1998, GOAC No. 340 de 13 de mayo de 1998, p. 19.52).

Además de dejar sentado la existencia en la Comunidad Andina del principio de atribución de competencias, el Tribunal deja clara su posición en el sentido de que las Decisiones son normas de mayor categoría jurídica que las Resoluciones, sin hacer matizaciones de casos u origen de las normas ejecutadas, lo que afortunadamente ha tenido que ser aclarado posteriormente en otras sentencias.

¹⁶⁴ Sentencia TJCA, proceso 1-AI-96, de 9 de diciembre de 1998, GOAC No. 423 de 31 de marzo de 1999, p. 9.32.

normativas pero esta vez de tipo reglamentario por ser dictadas en desarrollo del derecho derivado, con lo cual crea el derecho derivado terciario.

Así las cosas, en el caso concreto de la Secretaría General, aplicando la anterior doctrina del Tribunal sobre la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena, este órgano, si bien en principio es el órgano ejecutivo de la Comunidad, del cual emanan actos comunitarios de rango sublegal por ser dictados en desarrollo del derecho derivado (Decisiones), ya sean de tipo normativo o administrativo, también tiene a su cargo el ejercicio de funciones normativas de ejecución directa del Acuerdo, no ya del derecho derivado, que dan lugar a Resoluciones que no pueden considerarse que son de menor rango normativo que las Decisiones, ni son actos comunitarios de rango sublegal como ocurre con las Resoluciones que se dictan en ejecución de aquéllas. Son Resoluciones del mismo nivel jerárquico que las Decisiones de la Comisión y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. De esta manera está clara la existencia, en criterio del Tribunal, del ejercicio de distintas funciones en el mismo órgano –la Secretaría General- y del distinto contenido de sus actos, con distintos tipos de normas para el basamento de su actuación, lo que también veremos que sucede en la Comisión.

Esta doctrina la confirma el Tribunal de Justicia en la misma sentencia cuando dice que el Acuerdo de Cartagena “es un tratado-marco que contiene las normas programáticas de orden general, el que requiere para su desarrollo y desenvolvimiento, así como para la concreción de sus principios u objetivos, de disposiciones concretas de derecho “derivado” o del derecho “secundario” contenido en las Decisiones de la Comisión y en las Resoluciones de la Secretaría General, normas éstas que no pueden contravenir o contradecir a las de orden constitucional o primario, pero en uno u otro caso ambas con efecto preeminente sobre el derecho nacional y de aplicación directa en el territorio de los Países Miembros”¹⁶⁵.

De la misma manera, el Tribunal de Justicia respecto a la Comisión ha dicho que ésta “se encuentra investida de una competencia de orden general y de otra de carácter expreso o específico”. Para el órgano judicial comunitario, “[l]a primera está en relación directa con el aseguramiento del logro de los objetivos que los Estados miembros se impusieron conjuntamente y el conocimiento de los asuntos de interés común, mientras que la segunda -competencia normativa específica- se estableció en el contexto del Acuerdo”. En criterio del Tribunal, las Decisiones “no crean en ningún momento una norma equivalente a las contempladas en el Acuerdo de Cartagena, sino que en virtud de sus facultades y competencias desarrollan las normas primarias preestablecidas; este derecho creado tiene carácter secundario o derivado del derecho constitucional contenido en el Acuerdo y en tal virtud la jerarquía jurídica de aquél es inferior”. “Paralela a la anterior

¹⁶⁵ Sentencia TJCA, proceso 1-AI-96, de 9 de diciembre de 1998, GOAC No. 423 de 31 de marzo de 1999, pp. 15.32-16.32.

facultad", continúa el Tribunal, "a la Junta le corresponde reglamentar o ejecutar las Decisiones de la Comisión, supuesto en el cual la jerarquía legal de las Resoluciones de la Junta es inferior y supeditada a la de la Comisión"¹⁶⁶.

El Tribunal, por lo demás, ha dejado bien claro que "[c]ualquiera que fuere el origen del derecho derivado nacido de las competencias de la Secretaría General –autónomo o supeditado a las Decisiones- no puede en ningún caso contradecir o violentar ni el espíritu ni el contenido de las normas constitucionales comunitarias"¹⁶⁷, de donde se puede deducir que dependiendo del origen de la Resolución y su contenido, estará sometida o no a las Decisiones como hemos venido planteando porque puede haber Resoluciones que estén al mismo nivel jerárquico de las Decisiones, si se trata de las emanadas de facultades directamente otorgadas por el Acuerdo de Cartagena a la Secretaría General¹⁶⁸ y de contenido normativo.

¹⁶⁶ Sentencia TJCA, proceso 5-AN-97, de 8 de junio de 1998, GOAC No. 361 de 7 de agosto de 1998, p. 26.28.

¹⁶⁷ Sentencia TJCA, proceso 5-AN-97, de 8 de junio de 1998, GOAC No. 361 de 7 de agosto de 1998, p. 26.28.

¹⁶⁸ En una sentencia más reciente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dicho que "[e]l Acuerdo Subregional Andino es un tratado-marco en el que sus normas positivas no pueden abarcar todo el complejo panorama y desarrollo progresivo que experimenta un proceso de integración. El Acuerdo formula los objetivos o metas que persigue una comunidad y los principios que deben aplicar las instituciones. Así, en él se han fijado las normas programáticas que determinan su fin y objetivos, como las estrategias para el desarrollo en los programas de Desarrollo Industrial, de Liberación Comercial, de Desarrollo Agropecuario, el Arancel Externo Común, etc.

El desarrollo de los diferentes programas que como principios u objetivos generales se fijan en el Acuerdo, requiere en muchos casos de implementación posterior o de normas de ejecución del Acuerdo para que puedan hacerse efectivas dentro de los Países Miembros. Esas normas que deben sujetarse a los tratados que representan la cima de la pirámide legal, forman el derecho derivado o secundario, cuya elaboración legislativa ha sido atribuida a la Comisión de la Comunidad Andina, la que antes de la ratificación del Protocolo de Trujillo, suscrito el 10 de marzo de 1996, mantenía la "capacidad legislativa exclusiva sobre materias de su competencia" (artículo 6 de la Decisión 236) y ahora la comparte con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores con facultad de expedir Decisiones que forman "parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" (...).

(...)

[L]a Comisión está investida de una competencia de orden general y de otra de carácter expreso o específico. La primera está en relación directa con el aseguramiento del logro de los objetivos que los Estados miembros se impusieron conjuntamente y el conocimiento de los asuntos de interés común, mientras que la segunda –competencia normativa específica- se estableció en el contexto del Acuerdo.

El mecanismo normativo de la Comisión más generalizado es a través de los actos unilaterales en el sentido "de que es el Órgano y no los Estados, mediante otro tipo de acto, el que los adopta, emite y determina las formas de cumplimiento e incluso, en ciertos casos, los plazos para el efecto" (...).

Las Decisiones de la Comisión no crean en ningún momento una norma equivalente a las contempladas en el Acuerdo de Cartagena, sino que en virtud de sus facultades y competencias analizadas anteriormente, desarrollan las normas primarias preestablecidas; este derecho creado tiene carácter secundario o derivado del derecho constitucional contenido en el Acuerdo y en tal virtud la jerarquía jurídica de aquél es inferior.

El Acuerdo de Cartagena, conforme a los criterios antes expuestos, confirió a la Comisión no sólo competencias de orden ejecutivo sino igualmente normativas.

La anterior deducción ciertamente es un criterio del Tribunal de Justicia andino. Según este órgano judicial, "algo distinto al fenómeno de la jerarquización ocurre con los actos de ejecución directa de los tratados por la Junta o por la actual Secretaría General" y estos órganos pueden disfrutar de facultades que le permitan tener un poder normativo propio que puede dar lugar a la creación de derecho secundario, de igual jerarquía que el generado por la Comisión. Este rango jurídico semejante entre las Decisiones y las Resoluciones "tiene en cuenta su razón de ser en el hecho de que, en uno u otro caso el origen "legislativo" o "normativo" tiene fuente directa común en el Acuerdo de Cartagena"¹⁶⁹.

En este orden de ideas, para el Tribunal de Justicia los actos que emita un órgano andino en ejercicio de sus competencias privativas otorgadas directamente por el Acuerdo de Cartagena no deben sujetarse a disposiciones comunitarias distintas a las del Acuerdo, ni requieren de previa autorización de ningún otro órgano comunitario por ser el ejercicio de una función autónoma sólo sometida a principios constitucionales de derecho comunitario"¹⁷⁰.

A la Junta del Acuerdo de Cartagena (hoy Secretaría General), según consagraba el literal a) del artículo 15 Tratado del Tribunal original, le correspondía y le corresponde actualmente, de conformidad con el artículo 30 del literal a) del Protocolo de Trujillo, "velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión y de sus propias Resoluciones". **Tales facultades le permiten disfrutar de un poder normativo propio que puede dar lugar a la creación de derecho secundario, de igual jerarquía que el generado por la Comisión.** Este poder normativo directo estaba reconocido en el artículo 11 del Reglamento de la Junta (...) cuando disponía que "en materias en que la Junta tiene facultades decisorias propias contenidas en el texto del Acuerdo..., expresará su voluntad mediante Resoluciones que se numerarán consecutivamente", **las que tiene el carácter de generales.** Este rango jurídico igualitario entre las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta tiene razón de ser por cuanto en uno u otro caso el origen "legislativo" o "normativo" tiene fuente directa común en el Acuerdo de Cartagena.

Otra competencia distinta de la Junta es la reglamentar o ejecutar las Decisiones de la Comisión; **en este supuesto obviamente la jerarquía legal de las Resoluciones de la Junta es inferior y está supeditada a la de la Comisión.**

La jerarquización planteada en estos términos no puede desembocar en que las Resoluciones de la Junta (hoy Secretaría General) puedan contradecir el espíritu o el contenido de normas fundacionales del Acuerdo, pues es obligación del órgano administrativo la de velar por su aplicación. (...)

El Acuerdo de Cartagena y sus Tratados Modificatorios, así como el Tratado del Tribunal y sus reformas, integran la cúspide de la pirámide legal; se ubican en segundo término las Decisiones, y en tercer lugar las resoluciones de la Junta, -ahora Secretaría General- **excepto cuando éstas se dicten en aplicación inmediata de las competencias directas otorgadas por el propio Acuerdo.**" (negritas nuestras) (sentencia TJCA, proceso 1-AN-97, de 26 de febrero de 1998, GOAC No. 340 de 13 de mayo de 1998, pp. 21.52-24.52).

¹⁶⁹ Sentencia TJCA, proceso 5-AN-97, de 8 de junio de 1998, GOAC No. 361 de 7 de agosto de 1998, pp. 26-27.

¹⁷⁰ Sentencia TJCA, proceso 1-AI-96, de 9 de diciembre de 1998, GOAC No. 423 de 31 de marzo de 1999, p. 20.32.

Ahora bien, en relación con el tema de la jerarquización del derecho comunitario andino, el Tribunal de Justicia ha dejado establecido que "[e]l marco de las normas comunitarias se halla comprendido en lo que el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal denomina el ordenamiento jurídico andino [hoy ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina]. Este ordenamiento jurídico se nutre de dos fuentes: de una fuente "originaria", "primaria" o "constitucional" que se encuentra formada por las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado del Tribunal de Justicia, con los respectivos protocolos modificatorios. La otra fuente es la que nace del derecho "derivado" o "secundario", conformado por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión del Acuerdo de Cartagena [ahora de la Comunidad Andina] y por las Resoluciones emanadas de la Junta, hoy Secretaría General. La jerarquización entre unas normas y otras nace del propio contenido del artículo primero del Tratado de Creación del Tribunal, del cual se desprende una relación de subordinación entre el derecho originario y el derecho derivado. Por ello debe entenderse que las Decisiones de la Comisión [y ahora del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores] no crean en ningún momento una norma equivalente a las contempladas en el Acuerdo de Cartagena, sino que en virtud de sus facultades y competencias desarrollan las normas primarias preestablecidas; este derecho creado tiene carácter secundario o derivado del derecho constitucional contenido en el Acuerdo y en tal virtud la jerarquía jurídica de aquel es inferior"¹⁷¹.

Igualmente, en la misma sentencia, el Tribunal de Justicia andino hace suyas las palabras del exMagistrado de ese Tribunal, el colombiano Luis Carlos Sáchica, cuando dice que "[d]ebe llamarse la atención igualmente sobre la jerarquía normativa establecida, de manera que cada escala es condicionante de la validez de las normas de grado inferior, las que deben estar en armonía con el contenido de los niveles superiores, pues si las contradijera rompiera con la legalidad del sistema. Esta jerarquía tiene paralelismo con la existente en los Estados de Derecho entre constitución y leyes, y éstos y el acto administrativo. Es así como se obtiene la unidad lógica de un ordenamiento jurídico puesto que las normas jurídicas aisladas carecen de sentido y solo lo adquieren por referencia y en relación con las demás del sistema a que pertenecen"¹⁷².

Para finalizar, destaquemos un tema importante que ha analizado el Tribunal y que nos correspondió abordar cuando estudiamos el significado de la expresión "incorporación al derecho interno" del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia en su artículo 3, a saber el del desarrollo normativo que pueden hacer los Estados miembros frente a la actividad de los órganos comunitarios. Ha sido enfático el órgano jurisdiccional comunitario en afirmar que "la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar criterios restrictivos, como el principio del "complemento

¹⁷¹ Sentencia TJCA, proceso 3-AI-98, de 11 de febrero de 1999, GOAC No. 423 de 31 de marzo de 1999, p. 9.32.

¹⁷² Sentencia TJCA, proceso 3-AI-98, de 11 de febrero de 1999, GOAC No. 423 de 31 de marzo de 1999, p. 10.32.

indispensable" para medir hasta donde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser "estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entrapen o desvirtúen". Desde aquella oportunidad, el Tribunal advirtió la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. De esta manera, "la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente bien sea anterior o posterior a la norma integracionista"¹⁷³.

Ha dicho el Tribunal de Justicia andina repetidas veces que "[e]l desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el de "complemento indispensable", según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la Comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión "régimen común sobre tratamiento" que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena. (...) No se puede admitir, en consecuencia, que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre tales aspectos, regulados por la legislación comunitaria o que se insista en mantener la vigencia de leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella, debiendo únicamente legislar sobre lo no comprendido en la legislación supranacional"¹⁷⁴.

Sobre este tema, pero esta vez en otra sentencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dejado establecido que el derecho comunitario "ha de entenderse como un derecho nuevo y en constante desarrollo que lejos se encuentra de contemplar todos los casos y situaciones previsibles que abarquen la totalidad del universo jurídico comunitario. Además, para evitar efectos contradictorios dentro de las legislaciones internas y respetar lo ya legislado, la norma comunitaria se remite a aquellas, en lo supuestos en que la misma no comprensa algún aspecto de la materia

¹⁷³ Sentencia TJCA, proceso 30-IP-95, de 8 de noviembre de 1996, GOAC No. 241 de 20 de enero de 1997, p. 27.40.

¹⁷⁴ Sentencia TJCA, proceso 30-IP-95, de 8 de noviembre de 1996, GOAC No. 241 de 20 de enero de 1997, p. 27.40.

referida o prefiera que la legislación interna sea la reguladora de una institución jurídica o de un procedimiento¹⁷⁵.

También ha dicho el Tribunal andino que "[e]n algún momento la remisión al derecho interno se expresa dentro de la propia norma y en otros es una remisión general. (...) Esta norma general, para su entendimiento y aplicación, debe ser considerada globalmente y compaginada con el principio específico y especial del derecho comunitario, cual es la preeminencia o prevalencia de éste frente al derecho interno o nacional, lo que significa, como así lo ha dicho este Tribunal en varias de sus sentencias, que en conflicto entre la norma comunitaria y la nacional, aquélla desplaza a la segunda, la que por imposición de la preeminencia resulta inaplicable"¹⁷⁶.

"En consecuencia", continúa el Tribunal en esta sentencia, "para que la legislación nacional preexistente pueda coexistir con la comunitaria, pese a la aplicación preferente de ésta en todo lo relativo a un asunto reglado, se requiere que verse sobre asuntos o materias no regulados en lo absoluto por la Comunidad (...). La facultad legislativa comunitaria (...) limita a las legislaciones nacionales la posibilidad de regular mediante leyes, resoluciones, decretos, etc., los campos o esferas jurídicas que comprendan y abarquen las Decisiones o las Resoluciones. Las legislaciones nacionales encuentran su barrera "legislativa" en tanto en cuanto la comunitaria ha regulado un determinado aspecto del derecho. Esta limitación o barrera legislativa, para evitar una inadmisble intromisión del legislador nacional en la esfera comunitaria, encuentra, como se ha visto, su excepción, cuando el propio ordenamiento jurídico subregional remite a ella: bien para que las normas nacionales vigentes puedan subsistir en las materias no reguladas por la norma comunitaria y que no la contradigan; o bien para que los gobiernos a través de los respectivos órganos normen o reglamenten las materias que la propia Decisión así lo haya autorizado, sin que se pueda modificar, agregar o suprimir normas sobre los aspectos comunitarios regulados en la Decisión. La remisión del derecho comunitario al nacional no le otorga la facultad a éste de imponer o aumentar nuevos o diferentes requisitos (...). En ningún caso o supuesto las normas internas o nacionales que subsistan luego de la vigencia de la Decisión o que se dicten con posterioridad, pueden estar en oposición o en contradicción con el Derecho de la Integración"¹⁷⁷.

Puede deducirse de todo lo anterior que la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la delimitación de las competencias intracomunitarias se ha limitado al establecimiento de una doctrina en la cual las funciones normativas y ejecutivas están distribuidas en la organización

¹⁷⁵ Sentencia TJCA, proceso 09-IP-95, de 24 de marzo de 1995, GOAC No. 180 de 10 de mayo de 1995, p. 14.20.

¹⁷⁶ Sentencia TJCA, proceso 09-IP-95, de 24 de marzo de 1995, GOAC No. 180 de 10 de mayo de 1995, p. 14.20.

¹⁷⁷ Sentencia TJCA, proceso 09-IP-94, de 24 de marzo de 1995, GOAC No. 180 de 10 de mayo de 1995, p. 15.20.

entre varios de sus órganos principales, sin que haya una separación de tales funciones de una manera radical entre ellos. En consecuencia, los actos emitidos en ejercicio de estas funciones por cada uno de los órganos comunitarios, si bien formalmente tienen las mismas características en cada clase de ellos, desde el punto de vista de la jerarquía legal los mismos varían sustancialmente, aún tratándose formalmente del mismo tipo de actos, dependiendo de las normas que hayan desarrollado y de su contenido. Esto ocurre especialmente con las Resoluciones de la Secretaría General, que en ciertas circunstancias pueden tener rango sublegal, es decir, jurídicamente inferiores a las Decisiones, tanto del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como de la Comisión. No obstante, bajo otras premisas, los actos del órgano ejecutivo de la Comunidad Andina podrán tener rango el mismo rango de las Decisiones generales cuando se trate del ejercicio de funciones normativas otorgadas directamente por el derecho originario.

Por esta razón, se puede decir que la Secretaría General, además de su natural poder de ejecución del derecho derivado, que puede ser a su vez administrativo y reglamentario, tiene funciones normativas de naturaleza legislativa, esto es, directamente otorgadas por el Acuerdo de Cartagena, como la tienen los otros órganos principales de la Comunidad que hemos mencionado – el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión-, lo que le permite producir normas del mismo rango que las Decisiones normativas, lo cual sin embargo es excepcional.

Una situación similar ocurre con la Comisión, la cual si bien es uno de los órganos normativos naturales de la Comunidad Andina y en el pasado tuvo a su cargo el monopolio de esta actividad, sin embargo hoy el Tribunal de Justicia ha dejado establecido que no solamente ejerce funciones de este tipo sino también ciertas actividades ejecutivas ya que puede tener a su cargo la emisión de actos de carácter individual en ejecución directa de postulados del Acuerdo de Cartagena, sin pretender regular de manera general un determinado aspecto de la integración andina. También podría la Comisión en ciertos casos, como hemos visto, reglamentar el derecho derivado dictado por ella misma o por otros órganos normativos, aunque para esto último debe tener preferencia hacerlo la Secretaría General por ser el natural órgano ejecutivo de la Comunidad Andina como se ha establecido en Europa con la Comisión de las Comunidades.

En virtud de lo anterior, como bien ha dicho el Tribunal de Justicia, no puede decirse que haya una separación tajante de funciones o poderes en la Comunidad Andina y que todos los actos comunitarios emanados de los órganos decisorios tengan las mismas características, aún emanando del mismo autor, ya que su jerarquización jurídica dependerá de la función que estén ejerciendo, de la norma que estén desarrollando y de su contenido. Por esta razón, no puede decirse que todas las Decisiones tengan que ser de carácter general, producto del ejercicio de funciones normativas directamente otorgadas por el derecho originario, ni que todas las Resoluciones sean actos de ejecución administrativa de aplicación material del derecho derivado, porque puede haber Decisiones de carácter individual y Resoluciones de carácter general, ambas en ejecución directa del Acuerdo

de Cartagena y por lo tanto del mismo rango jurídico, y también Resoluciones normativas dictadas en desarrollo del derecho derivado y Resoluciones administrativas dictadas en aplicación directa de los tratados constitutivos.

Por esta razón, y por no poder ser de otra manera al no haber un principio de separación de poderes en la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia debe comportarse como una jurisdicción constitucional y una jurisdicción contencioso-administrativa a la vez. Sería una complicación enorme que cada vez que se fuese a impugnar un acto debiera revisarse la naturaleza jurídica de cada uno de ellos para determinar si entra o no en la competencia del Tribunal en el supuesto de que el órgano comunitario jurisdiccional fuese solamente de uno u otro carácter. Es más sencillo, como se ha hecho, que el Tribunal de Justicia andino sea a la vez constitucional y contencioso-administrativo porque cada órgano puede emitir actos de una y otra naturaleza.

Ahora bien, la labor más importante del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia competencial está por venir. Ello porque al existir la distribución de competencias de la forma antes anotada, es decir, sin que haya una separación de poderes claramente delimitada entre los órganos comunitarios, hay una serie de "zonas grises" en las que hay atribuciones de éstos que coinciden en ciertas materias. Especialmente ocurre entre la Comisión y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en materia comercial y de inversiones, y ocurrió en el pasado entre la Junta del Acuerdo de Cartagena y la Comisión, y pudiera ocurrir ahora entre ésta y la Secretaría General.

Lamentablemente todavía el Tribunal de Justicia andino no se ha ocupado de estos casos, pero cuando se presenten, este órgano judicial deberá delimitar estas competencias y eliminar estas "zonas grises", lo que hasta ahora ha sido solucionado temporalmente a nivel político. Pero a medida que avance el proceso, especialmente con la evolución del modelo organizacional establecido por el Protocolo de Trujillo, jurídicamente será necesario una clarificación de las competencias entre los distintos órganos en ciertas materias por parte del Tribunal de Justicia por razones de seguridad jurídica.

En el futuro, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se deberá ocupar de estos temas competenciales casi como un co-legislador, como lo ha hecho en los casos de interpretación prejudicial relacionados con las normas más importantes dictadas por la Comisión como son la regulación común de las inversiones extranjeras y las dictadas en marcas y patentes. En estas materias, la labor del Tribunal ha sido encomiable, siendo los principales temas de los que se ocupó desde su creación en 1984 hasta entrados los noventa cuando las acciones de incumplimiento y nulidad comenzaron a ser intentadas en la Comunidad en mayor número, especialmente con la actuación directa de la Secretaría General.

Igualmente, el Tribunal de Justicia deberá adoptar una posición en estos temas competenciales cuando le corresponda conocer de los recursos por omisión o inactividad, lo que hasta ahora no ha ocurrido por ser muy reciente la incorporación de esta vía judicial al sistema jurisdiccional andino. Ciertamente, este es un recurso que a nivel de la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido muy polémico por la posibilidad que hay de que el juez pueda sustituir a la Administración en la emisión del acto omitido y no limitarse a declarar la omisión como es lo que piensa la mayoría de la doctrina de esta área. En algunas jurisdicciones contencioso-administrativas andinas como la venezolana ha ocurrido que los jueces han sustituido a la Administración en la emisión del acto omitido, claro está, con el cumplimiento de requisitos muy estrictos como que debe tratarse de casos en los que la Administración no tenga la posibilidad de actuar discrecionalmente, ni total ni parcialmente, sino que la ley haya previsto el resultado o acto final de una manera muy reglada, de manera que si el Tribunal observa el cumplimiento de tales exigencias legales, pueda directamente dictar el acto omitido o negado por la Administración¹⁷⁸. Habrá que ver qué influencia pueda tener esta doctrina en el Tribunal de Justicia andino, lo que es una posibilidad de que este órgano jurisdiccional se comporte como un órgano administrativo en ciertos casos.

Por último, es importante destacar la labor del Tribunal de Justicia en temas que, si bien no están incluidos en los aspectos competenciales de los órganos andinos, si ayudan a comprender mejor los mismos como es el alcance del desarrollo que pueden hacer los Estados miembros para la

¹⁷⁸ Por ejemplo, en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA), segundo tribunal en importancia en esta jurisdicción en Venezuela, con ponencia de quien luego fue por varios años magistrado de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, ese tribunal consideró que "para esta Corte cuando lo que se busca para satisfacer un derecho o un interés legítimo, más que una declaración es que se realice una determinada actuación, como la de entregar un documento, ante la negativa tácita o expresa de la Administración, puede ejercerse el recurso de abstención".

Dijo la Corte que para este recurso "[l]o determinante es, pues, que el fin de la pretensión sea la de lograr por la intervención del Tribunal Contencioso-Administrativo el cumplimiento del acto que la Administración ha dicho que no cumple, o que simplemente se abstiene de cumplir, siempre y cuando el recurrente tenga derecho a ello, y exista la norma que contemple el deber de la Administración de actuar".

La Corte venezolana dijo en esta sentencia que "si de lo que se trata es lograr que un organismo administrativo cumpla con una prestación porque a ello está obligado, por Ley, los interesados pueden optar por el recurso de abstención, porque en éste, de no cumplir voluntariamente la Administración, el Tribunal Contencioso-Administrativo puede suplir la conducta omitida, sustituyéndose, dentro de sus poderes de ejecución de sus propios fallos, a la propia Administración remisa y rebelde".

Basada en estos razonamientos, la Corte venezolana declaró con lugar el recurso de abstención intentado y como consecuencia de lo anterior condenó a un municipio a entregar aun ciudadano la "Cédula de Habitabilidad" de un edificio, decidiendo además que si cumplido el plazo establecido por la sentencia el municipio no cumplía con entregar la Cédula de Habitabilidad, el Tribunal de la Causa "procederá a ejecutar forzosamente la presente sentencia, ordenando que, a todos los efectos legales, la copia certificada de este fallo se considere por las autoridades competentes como la Cédula de Habitabilidad correspondiente al citado Edificio".

(véase versión más completa de esta sentencia en BREWER-CARIAS, Allan R. y Luis Ortiz Alvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 61-67).

ejecución del derecho comunitario. Hemos visto que para el Tribunal de Justicia es claro que los Estados, a los fines de preservar el principio de seguridad jurídica, deben abstenerse de hacer algún tipo de incorporación legislativa de las normas comunitarias ya que éstas deben considerarse suficientes para su aplicación interna en los países miembros. Ha dejado el Tribunal de Justicia andino clara la tesis según la cual una vez que los órganos comunitarios han decidido actuar en determinada área en la que han recibido atribuciones para el ejercicio de competencias, los Estados miembros solamente pueden dictar las normas nacionales que solo sirvan de complemento indispensable para su desarrollo y aplicación, lo cual debe interpretarse de una manera restrictiva. Con esta posición, las competencias de los órganos comunitarios se ven seriamente reforzadas, evitándose con ella que los Estados invadan competencias comunitarias con la excusa de estar desarrollando las mismas.

Así las cosas, si bien la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los temas relacionados con las competencias de los órganos comunitarios andinos todavía está por desarrollarse, especialmente con la incorporación del recurso por omisión en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, han sido importantes ciertas posiciones que ha asumido este órgano judicial comunitario para aclarar aspectos que al principio producían una confusión enorme y por consiguiente ineficacia en la aplicación del derecho comunitario. Todavía falta mucho por hacer en esta área pero el Tribunal ya ha adelantado en forma aceptable en detalles importantes y la doctrina, la normativa y la jurisprudencia europeas ayudarán aún más a desentrañar todos estos aspectos institucionales y competenciales.

II. Sistema jurisdiccional de recursos

1. Organización, naturaleza y características del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el órgano jurisdiccional máximo del Acuerdo de Cartagena y tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador (art. 5 TTA). Fue creado con posterioridad al Acuerdo de Cartagena de 1969, mediante un tratado internacional suscrito por los cinco países miembros de la Comunidad Andina el 28 de mayo de 1979. Pero no fue sino hasta el mes de enero de 1984 cuando comenzó a funcionar en los hechos, pese a que cuatro de los cinco países miembros ratificaron el Tratado entre 1979 y 1980¹⁷⁹.

El ex-Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el colombiano Luis Carlos SÁCHICA, ha dicho que se consideró que su organización "requería como fundamento un acto de tal naturaleza (un tratado público) porque no era posible que tuviera el limitado alcance de una simple derivación o complemento del Acuerdo de 1969, sino que debía responder a la ineludible necesidad de acabar de constituir la estructura orgánico-funcional del ordenamiento andino, y por lo tanto, se debía emplear para tal efecto un instrumento de la misma característica y jerarquía jurídica que el constitutivo del Grupo Andino"¹⁸⁰.

El Estatuto del Tribunal completa las características del mismo cuando dice que éste es el órgano jurisdiccional instituido para asegurar el respeto al derecho en la aplicación e interpretación

¹⁷⁹ La demora en la puesta en funcionamiento del Tribunal de Justicia se debió a que Venezuela tuvo muchos problemas para lograr la aprobación legislativa del tratado de creación como lo exigía su Constitución, ya que fracciones parlamentarias no estaban de acuerdo con aprobar un tratado que estableciera la aplicación directa de normas internacionales, ni la obligatoriedad para los jueces nacionales de solicitar la interpretación prejudicial al órgano jurisdiccional andino ya que consideraban que ello violaba la Ley Fundamental. De hecho, la ley aprobatoria que finalmente dictó el Congreso venezolano contiene una norma inusual que exige el paso previo ante ese órgano legislativo nacional de casi toda la normativa andina para que tenga vigencia en ese país. Afortunadamente, tanto en la práctica como en las sucesivas aprobaciones legislativas de los protocolos modificatorios del Acuerdo de Cartagena (Protocolo de Quito y de Trujillo) y del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia andino (Protocolo de Cochabamba), no ha sido incorporada nuevamente aquella exigencia, lo que ha sido interpretado por la doctrina jurídica y el propio Poder Ejecutivo como una derogatoria de la norma establecida originalmente en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena y en la del Tratado del Tribunal. Hoy, además, la nueva Constitución de Venezuela de 1999, promulgada en enero de 2000, permite en su artículo 153 la aplicación directa de las normas generadas por el mecanismo de la atribución del ejercicio de competencias a organizaciones supranacionales, lo que acaba en Venezuela con las dudas que existían en la Constitución de 1961.

¹⁸⁰ SACHICA, Luis Carlos, "El ordenamiento jurídico andino y su Tribunal de Justicia", *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Buenos Aires, 1985, p. 13.

del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y se rige por el Tratado de su creación, el Estatuto y el Reglamento Interno (artículo 2)¹⁸¹.

La Comunidad Andina no contó desde el principio con un tribunal propio y autónomo, independiente de los países miembros y de carácter permanente sino que tenía previsto para la solución de las controversias el mecanismo arbitral señalado en el Protocolo de la ALALC, "que no cumplía con el alcance y proyección de un sistema de integración en el cual la propia voluntad de los Estados se conformaba en un ente jurídico diferente a su propia organización interna"¹⁸². Sin embargo, los sucesivos incumplimientos por parte de los Estados participantes destacaron la insuficiencia de este mecanismo para resolver los conflictos en la aplicación de las normas comunitarias e hicieron ver pronto la necesidad de crear un órgano jurisdiccional propio, permanente e independiente, que entre otras competencias se encargara de aplicar el derecho andino, sancionar sus incumplimientos e interpretarlo en forma monopólica, para lograr su uniformidad en los países miembros y evitar así que cada juez cambiara las reglas de juego de este proceso de integración¹⁸³.

¹⁸¹ Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, "[n]ingún ordenamiento jurídico adquiere eficacia, esto es, vigencia real, si carece de un mecanismo de control jurisdiccional que cumpla esta triple función: a) ejercer un control de legalidad sobre los propios organismos del sistema, a fin de asegurar que sus actuaciones se sujeten en un todo a los estatutos constitutivos del ordenamiento; b) sancionar los incumplimientos de quienes deben obedecer la preceptiva del ordenamiento, distintos de los organismos del mismo; y c) formular una interpretación obligatoria de las normas del ordenamiento jurídico en un solo sentido, con el objeto de que sus efectos sean uniformes y generen un auténtico derecho común, general, igualitario, interpretación que tiene un influjo moderador y directivo sobre los funcionarios encargados de la aplicación de la normatividad del ordenamiento de que se trata" (SACHICA, *ob. cit.*, p. 12, citado en sentencia TJCA, proceso 2-AI-97, de 24 de septiembre de 1998, GOAC No. 391 de 11 de diciembre de 1998).

¹⁸² Sentencia TJCA, proceso 2-AI-97, de 24 de septiembre de 1998, GOAC No. 391 de 11 de diciembre de 1998, p. 9.24.

¹⁸³ No obstante, se ha incorporado recientemente como competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a través del Protocolo de Cochabamba de 1996, la función arbitral (art. 38 TTA), como una forma de adaptar este proceso a las modernas tendencias del derecho internacional, que utilizan más este mecanismo para solucionar las controversias que el sistema principal de índole jurisdiccional de la Comunidad Andina y las Comunidades Europeas.

Según el artículo 38 TTA, el Tribunal andino "es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden". Igualmente establece el mismo artículo que los particulares "podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina".

Como puede verse, esta figura equivale a la prevista en el artículo 238 TCE, la cual a su vez es diferente a la figura arbitral establecida en el artículo 239 TCE según la cual el Tribunal de Justicia podrá pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto del Tratado si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso.

De esta figura, al no ser propiamente jurisdiccional como es el objeto de este capítulo, ni derivada del derecho comunitario europeo, no nos vamos a ocupar en este trabajo.

Si bien la necesidad de un órgano jurisdiccional se sintió desde el mismo momento de la iniciación de la andadura del Acuerdo de Cartagena, sólo pudo ser satisfecha diez años después cuando se presentó una grave crisis y fue cuando se consideró indispensable sanear los incumplimientos y evitarlos para el futuro, para darle así firmeza al derecho andino creando el Tribunal de Justicia¹⁸⁴. La necesidad de su creación se hizo más patente porque la vigencia de las decisiones y resoluciones comunitarias estaba siendo sometida al capricho de cada uno de los países miembros porque no había en el tratado constitutivo del entonces llamado Pacto Andino disposición alguna que regulara este aspecto y que estableciera, por ejemplo, la aplicación directa de las normas comunitarias o la primacía del derecho generado por los órganos andinos, o creara un mecanismo que permitiera la vigencia simultánea de este derecho, todo lo cual hacía discutible su obligatoriedad, su supremacía sobre los derechos nacionales y la inmediatez de sus efectos. Tampoco había una regulación expresa sobre la forma de incorporación del derecho andino en los ámbitos nacionales sino que ello estaba sometido a lo que establecieran los ordenamientos jurídicos internos, en donde no había una regulación uniforme hasta el punto que se desnaturalizaba su carácter comunitario.

Todo lo anterior hacía que el derecho comunitario andino careciera de fuerza propia y de perfiles definidos en cuanto a su efecto directo, su primacía y su generalidad, y ello no permitía que el sistema avanzara y se desarrollara, lo que afectó en una primera etapa la evolución de este proceso integrador ya que los incumplimientos se generalizaron, se hicieron costumbre entre los países miembros y los propios órganos comunitarios tampoco actuaban contra ellos.

Sin embargo, la creación del Tribunal de Justicia andino no significó inmediatamente un avance práctico del proceso de integración en el que se encontraba inserto ya que fue creado en una década de profunda crisis económica en los países miembros que impidió a éstos concentrarse en el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias. No fue sino hasta finales de los ochentas cuando los países andinos decidieron cambiar de actitud y proceder a reactivar el proceso, dándole impulso

¹⁸⁴ Inclusive el Tribunal de Justicia andino tiene, además de sus competencias en el conocimiento de recursos jurisdiccionales comunitarios, que son de los que nos vamos a ocupar en este capítulo, la posibilidad de ejercer una jurisdicción propia para solucionar las diferencias laborales que se susciten entre la organización andina y sus colaboradores, funcionarios y trabajadores, para evitar que algún país pudiera juzgar los litigios derivados de tales relaciones e inmiscuirse en asuntos que deben estar fuera de su alcance, con lo cual se refuerza la inmunidad de jurisdicción que tiene la Comunidad Andina y las otras instituciones del Sistema Andino de Integración, y los privilegios de que gozan irrenunciablemente éstas en los países que le sirven de sede, tal como lo prevé el artículo 49 AC y en los tratados constitutivos de las mismas.

Esta competencia fue incorporada en el Tratado del Tribunal andino a través del Protocolo de Cochabamba (art. 40 TTA) y como puede verse no está establecida con la finalidad de resolver controversias comunitarias como el resto de las competencias del Tribunal (acción de nulidad, recurso por omisión, interpretación prejudicial y acción de incumplimiento) sino más bien para solucionar litigios internos, no solamente en la Comunidad Andina sino en general en todo el Sistema Andino de Integración, incluyendo las instituciones no comunitarias, motivo por el cual no nos ocuparemos de ella en este trabajo.

político, ahora contando con un importante instrumento: el Tribunal de Justicia, todo lo cual ha dado como resultado que hoy los incumplimientos se hayan reducido considerablemente, se estén sancionando los que se presentan y el proceso andino esté avanzando hacia metas muy importantes, entre las cuales destaca la constitución del Mercado Común Andino para el año 2005¹⁸⁵ y ya hoy sea una unión aduanera.

1.1. La influencia comunitaria europea

De acuerdo con los informes que dieron origen al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia andino, para su organización fue tomado como modelo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque ello no quiere decir que todas sus características sean las de éste.

Según SÁCHICA, la negociación del Tratado del Tribunal fue lenta y varias reuniones de expertos hicieron falta para perfeccionar la propuesta original de la Junta "y en los largos debates adquirió los matices que distinguen al Tribunal de su innegable modelo: la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas"¹⁸⁶.

En esto último coincide Alberto Zelada Castedo cuando dice que el prolongado lapso transcurrido entre las primeras iniciativas (por la Comisión en 1971) y la suscripción del Tratado (el 28 de mayo de 1979), "autoriza a pensar que tanto los trabajos preliminares como las negociaciones intergubernamentales fueron amplios y profundos, y que el acuerdo final no fue resultado de la improvisación sino, más bien, de una larga reflexión"¹⁸⁷.

Así las cosas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tanto en lo relativo a su naturaleza como en lo referente a sus competencias y organización, "está inspirado en el Tribunal de

¹⁸⁵ En el mes de octubre de 1999, la Secretaría General de la Comunidad Andina distribuyó entre los países miembros el Anteproyecto de Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena en el que se propone, para ser discutido en las reuniones de los órganos intergubernamentales subsiguientes, la forma y cronograma la conversión de la actual unión aduanera en un Mercado Común Andino, que permita la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales, con el perfeccionamiento de una Política Exterior Común. Si bien esta discusión no se ha hecho y no se tiene previsto que se haga en los próximos meses porque se ha considerado que todavía no es necesario, sin embargo sí se ha ratificado en las últimas reuniones de los órganos andinos, especialmente el Consejo Presidencial Andino celebrado en Lima en junio de 2000, que la unión aduanera deba convertirse en un mercado común en el 2005.

¹⁸⁶ SACHICA, *ob. cit.*, p. 13.

¹⁸⁷ ZELADA CASTEDO, Alberto, "El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del derecho común en el esquema de integración del Grupo Andino", *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Buenos Aires, 1985, p. 127.

Justicia de la Comunidad Europea"¹⁸⁸. Esta fuente de inspiración, según Zelada Castedo, no fue negada por quienes proyectaron su instrumento constitutivo ya que la Junta, en efecto, al presentar las bases del Tratado del Tribunal, sostuvo que las características y organización propuestas se basaban en "la experiencia acumulada en esta materia por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas" e indicó asimismo que como parte de las actividades desarrolladas para dar cumplimiento al cometido que le había dado la Comisión, estudió en Bruselas y Luxemburgo "los procedimientos y forma de funcionamiento del sistema jurisdiccional establecido en dichas Comunidades para la solución de conflictos y para el control de la legalidad del derecho comunitario"¹⁸⁹.

Para José Carlos Mointinho de Almeida, Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la influencia del modelo comunitario europeo en otros procesos de integración latinoamericanos es menos llamativa, pero de todos ellos "es el Pacto Andino donde más se nota dicha influencia". Observa Mointinho de Almeida que el objetivo de la integración andina, lo mismo que el de la integración europea, es la creación de un mercado común y su organización se asemeja, en algunos aspectos, a la organización de la Unión Europea. En efecto, forman parte de ella un órgano político y de decisión -la Comisión-, un órgano técnico y de ejecución -la Junta-, el Parlamento Andino, el Tribunal de Justicia, el Comité Asesor Económico y Social y la Corporación Andina de Fomento, órganos correspondientes en las Comunidades Europeas al Consejo, la Comisión, el Parlamento, el Tribunal de Justicia, el Comité Económico y Social y el Banco Europeo de Inversiones¹⁹⁰. Esta organización, aunque ya hoy con algunas variantes como hemos comentado antes, ciertamente tomó muy en cuenta al modelo europeo.

Incluso llega a decir Mointinho de Almeida que puede afirmarse que en un aspecto la integración andina precedió a la europea: el Consejo de Cancilleres, instituido por el Acuerdo de Lima de 13 de noviembre de 1979, que "desempeña en parte funciones correspondientes a las de uno de los pilares de la Unión Europea, la Política Exterior y de Seguridad Común"¹⁹¹. Aunque ya vamos a ver que este actual órgano de la Comunidad Andina no era parte de la estructura creada por el Acuerdo de Cartagena cuando fue creado.

¹⁸⁸ ZELADA CASTEDO, *ob. cit.*, pp. 144-145.

¹⁸⁹ ZELADA CASTEDO, *ob. cit.*, p. 145. Para decir esto, este autor cita un informe de la Junta del Acuerdo de Cartagena sobre el establecimiento de un órgano jurisdiccional en el mismo (Doc. COM/VI-E), publicado en *Derecho de la Integración*, N° 23, INTAL, Buenos Aires, 1973, pp. 135-150.

¹⁹⁰ MOINTINHO DE ALMEIDA, José Carlos, "El modelo comunitario europeo y su influencia en los procesos de integración", *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto (Venezuela), 1995, pp. 26-27.

¹⁹¹ MOINTINHO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 27.

Unos expertos en este tema expresan claramente que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina "se crea a imagen y semejanza del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sus cinco integrantes son personalidades independientes de sus Estados en el ejercicio de sus funciones y entienden en tres recursos: el de incumplimiento, el de nulidad y el prejudicial. Su contenido, así como la legitimación activa y pasiva sigue criterios similares al TJCE"¹⁹².

También Fernando Uribe Restrepo expresa que en otro aspecto diferente al señalado por Mointinho de Almeida la regulación del Tribunal andino supera, aunque ya hoy no puede decirse que es así, al menos en teoría, a lo previsto en los tratados europeos. Se refiere este autor a la "posibilidad de sancionar al País Miembro responsable de un incumplimiento si no se allana a cumplir la sentencia en que así se declara, en un plazo de tres meses". La sanción consistente en "restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena" que beneficien al país remiso, puede ser impuesta por el Tribunal "sumariamente y previa opinión de la Junta"¹⁹³.

Para Uribe Restrepo existe también más claridad en el ordenamiento jurídico andino que en el europeo en relación con el papel que le corresponde a los jueces nacionales en la aplicación del derecho comunitario y en cuanto a los principios del efecto inmediato y de la aplicación preferente, que en Europa fueron resultado de la jurisprudencia, mientras que en el derecho andino están expresamente consagrados¹⁹⁴.

Aunque esto último no quiere decir que la jurisprudencia del Tribunal andino no haya aclarado más las cosas en lo que se refiere a los principios rectores del derecho comunitario. Para el Tribunal, "[l]a sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino"¹⁹⁵. Y para aclarar estos principios tan importantes en un proceso comunitario, el Tribunal ha echado mano de doctrina europea como la de Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Santiago Muñoz Machado, R. Lecourt y Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, y la propia jurisprudencia europea como la sentencia Vand Gend & Loos de 1963, la Costa/ENEL de 1964 y la Simmenthal de 1978, entre otras¹⁹⁶.

¹⁹² DA CRUZ VILAÇA y José Manuel Sobrino Heredia, *ob. cit.* P. 95.

¹⁹³ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 126.

¹⁹⁴ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, pp. 126-127.

¹⁹⁵ Sentencia TJCA, proceso 3-AI-96, GOAC N° 261 de 29 de abril de 1997, p. 10.32.

¹⁹⁶ Por ejemplo, en sentencia TJCA, proceso 2-AI-97, se transcribe parte de la sentencia del proceso 3-AI-96 que destaca la existencia de estos principios en el ordenamiento comunitario andino, la que a su vez había transcrito ideas muy importantes en estos principios de sentencias de los años 1986 y 1987.

Pero hablando concretamente del sistema jurisdiccional andino y europeo, Moitinho de Almeida destaca la llamativa influencia del modelo europeo en el Pacto Andino. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dice este autor, "es una institución permanente, dispone de las principales competencias atribuidas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (recurso de anulación, recurso por incumplimiento y cuestiones prejudiciales) y el nombramiento, estatuto y mandato de los respectivos miembros obedecen a normas sustancialmente análogas".¹⁹⁷

Sin embargo, pese a esta gran influencia europea, existen diferencias, no sólo entre los procesos en sí, sino también, y es lo que realmente nos interesa, entre los Tribunales y el sistema en que éstos están insertos. Al mismo tiempo, ambos procesos de integración son diferentes, pese a ser de una naturaleza jurídica muy similar. Fernando Uribe Restrepo observa que estos procesos son "bien distintos", siendo que el europeo ostenta un mayor vigor y mucha más madurez. La integración europea, cumplida entre países en su mayor parte desarrollados y con una recia personalidad propia pero con una milenaria cultura compartida, pese a todo lo que hasta ahora los había separado, resultó, contra las expectativas, mucho más fácil que la integración andina, aún entre países en vías de desarrollo, con una cultura común incipiente, pese a todo lo que comparten y que debería unirlos más.¹⁹⁸

No obstante, la integración europea tampoco ha sido fácil y los resultados que vemos hoy son el producto de una gran cantidad de esfuerzos que en algunos momentos se pensó que no iban a cristalizar. También la actual Comunidad Europea pasó por períodos de estancamiento y letargo que hicieron pensar a muchos que había sido un fracaso. Pero ha resurgido nuevamente, especialmente desde 1992, y ya parece que su evolución es imparable, que no acepta pasos hacia atrás y es irreversible su camino hacia una mayor integración y quién sabe si para la constitución de un nuevo Estado.

Así las cosas, no es posible considerar que el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Comunidad Andina sea una copia del Tratado de Roma pues, si bien se ha servido de las ideas relativas a la estructura y competencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, vamos a ver que en varios aspectos se aparta de su modelo.¹⁹⁹

¹⁹⁷ MOINTINHO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 27.

¹⁹⁸ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 125.

¹⁹⁹ PAOLILLO, Felipe, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, Instituto de Estudios Internacionales, Santiago de Chile, 1982.

Ciertamente, destacan como similitudes entre ambos órganos jurisdiccionales que son de carácter permanente y provistos de independencia, cuya misión consiste en aplicar por la vía jurisdiccional los ordenamientos jurídicos comunes de sus respectivos procesos de integración. Para esto están dotados de competencias para controlar la legalidad de los actos y las omisiones de los órganos comunitarios que tienen facultades normativas y ejecutivas, para dirimir las controversias que se presenten como consecuencia de las conductas de los Estados miembros y de los órganos de ambos sistemas de integración, y finalmente para interpretar de manera uniforme el derecho común.

Estamos de acuerdo con Zelada Castedo cuando dice que tanto por la índole de sus competencias, así como por la naturaleza y alcance de sus sentencias, las competencias de estos tribunales difieren sustancialmente de los mecanismos tradicionalmente usados en el derecho internacional para la solución de las controversias entre Estados, lo que se hace más notorio "en razón de los procedimientos para su integración, de las reglas sobre su actuación independiente y de los principios que sustentan la obligatoriedad y la exclusividad de su jurisdicción"²⁰⁰.

Otro aspecto en el que los Tribunales de Justicia andino y europeo resultan muy similares es que ambos son órganos principales de sus estructuras orgánicas, tanto de la Comunidad Andina como de las Comunidades Europeas. Si bien el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ya no contiene en forma explícita la caracterización como órgano principal de este tribunal dentro de la estructura orgánica de esta comunidad -ello fue eliminado en el Protocolo Modificadorio de ese Tratado de 1996-, como lo hacía el artículo 6 del Tratado original de 1979, sin embargo para nosotros resulta obvia del estudio de todas las normas del ordenamiento jurídico andino que tal característica se mantiene, lo que coincide con el Tribunal de las Comunidades Europeas, que es catalogado como órgano fundamental y principal en los tratados constitutivos de las Comunidades e inclusive es común para todas ellas.

Así, tanto en las Comunidades Europeas como en la Comunidad Andina, los respectivos Tribunales de Justicia tienen el mismo rango o jerarquía formal de sus órganos políticos, ejecutivos y técnicos, éstos son el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Cuentas por un lado, y el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General y el Parlamento Andino por el otro (art. 6 AC).

²⁰⁰ ZELADA CASTEDO, *ob. cit.*, pp. 145-146.

En este orden de ideas, de acuerdo con las características contenidas en su tratado de creación, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es, además de jurisdiccional, como claramente lo dejan claro expresamente los artículos 5 TTA y 40 AC, un órgano principal de esta comunidad por tener la misma jerarquía formal que los demás órganos principales del Acuerdo. Tiene la función básica de asegurar el respeto del derecho comunitario en su aplicación e interpretación y ejercer las competencias de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que se susciten a propósito de su aplicación e interpretar las normas andinas. En el cumplimiento de sus funciones debe actuar con independencia de los Estados miembros y de los otros órganos del Acuerdo.

Ahora bien, la definición general sobre el Tribunal de Justicia contenida en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas es bastante escueta. El artículo 220 TCE se limita a expresar que el Tribunal "garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado", pero de otras normas de los Tratados se infiere que es una jurisdicción permanente y obligatoria, y no es sólo una jurisdicción internacional porque ya veremos que el acceso de los ciudadanos a sus recursos es bastante importante y que no sólo los Estados miembros pueden hacer uso de él.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como sucede con el Tribunal andino, actúa muy parecido a como lo haría un tribunal constitucional y también como uno contencioso administrativo, porque se puede pronunciar sobre la "constitucionalidad" y la "legalidad" de los actos de los órganos comunitarios, si consideramos a los tratados constitutivos como el derecho constitucional de las comunidades de derecho y a los actos de los órganos que desarrollan a aquéllos como el derecho administrativo de ese ámbito comunitario.

Puede considerarse también que el Tribunal de Justicia europeo actúa como un tribunal constitucional cuando dirimen los conflictos entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias, y cuando es llamado a emitir dictámenes acerca de la compatibilidad de las modificaciones de los tratados constitutivos, y entre éstos y los acuerdos internacionales con terceros. Ya vamos a ver que el Tribunal andino no puede ejercer todas estas competencias, con lo cual se reduce su carácter constitucional, aunque sigue siéndolo por otras razones.

Asimismo, las funciones del Tribunal de Justicia europeo son similares a las de un tribunal contencioso-administrativo cuando se pronuncia sobre la anulación de un acto individual o general de las instituciones comunitarias. Igual sucede en el Tribunal de Justicia andino ya que éste también controla la legalidad de los actos de los Consejos (Presidencial y de Ministros de Relaciones Exteriores), la Comisión y de la Secretaría General, que son los únicos que pueden emitir actos

características del propio Tribunal que antes anotamos así lo permiten. De hecho, el Tribunal ha aplicado estas fuentes en su jurisprudencia. De la misma forma también ha aplicado en sus decisiones jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En una sentencia de principios a este respecto, el Tribunal de Justicia andino ha dicho que "[p]ara entrar a considerar la interrelación existente entre el derecho comunitario y el internacional convencional, considera oportuno este Tribunal referirse a las fuentes del derecho correspondiente a la comunidad andina (sic), de las cuales el derecho internacional, en opinión de este órgano comunitario, forma parte de aquel"²⁰³. En esta sentencia, el Tribunal, luego de hacer un estudio pomenorizado de lo que es el derecho originario y el derecho derivado como fuentes del derecho comunitario andino, considera que "[l]a relación entre el derecho comunitario y el orden jurídico internacional, mirada desde una perspectiva externa, muestra al derecho internacional general como una de las fuentes del derecho comunitario, con las limitaciones que se derivan del particularismo característico del sistema comunitario, que, en el caso de la Comunidad Andina, está determinado, entre otras cosas, por el artículo 33 del Tratado de creación del Tribunal, que le da a este órgano comunitario la exclusividad en la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena"²⁰⁴.

Continúa el Tribunal en esta sentencia diciendo que "[d]e la calidad de fuente del derecho que para el derecho comunitario ostenta el derecho internacional, no se deriva sin embargo que la comunidad quede necesariamente obligada por el mismo (...), el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que éste le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora, sin que pueda decirse, sin embargo, que el derecho comunitario se subordina a aquel. Por el contrario, toda vez que el tratado internacional pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en todos y cada uno de los Países Miembros, conservando el derecho comunitario -por aplicación de sus características "existenciales" de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia- la específica de aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo"²⁰⁵.

En relación con las fuentes no escritas del derecho comunitario, catalogadas así por el propio Tribunal andino, éste ha dejado sentado que "[l]a costumbre y prácticas consuetudinarias, no obstante la dificultad de su demostración, pueden ser instrumento de utilidad para el derecho comunitario en cuanto a la necesidad de suplir lagunas en los tratados" y en relación a los principios generales del derecho ha dicho el órgano jurisdiccional andino que "también gozan de la virtud de servir de fundamento para que la jurisdicción comunitaria pueda valerse de ellos en apoyo de la

²⁰³ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-96, GOAC No. 257 de 14 de abril de 1997, p. 31-60.

²⁰⁴ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-96, GOAC No. 257 de 14 de abril de 1997, p. 31.60.

²⁰⁵ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-96, GOAC No. 257 de 14 de abril de 1997, p. 31.60.

interpretación del derecho, siempre que tales principios tengan el carácter de universalmente aceptados o que sean comunes a los países que se integran, tales como los derechos fundamentales del ser humano". Con esto, el Tribunal andino aplica las ideas europeas sobre los principios generales del derecho comunes a los Estados miembros. En relación a la jurisprudencia, para el Tribunal ya está suficientemente claro que "aunque no tiene un valor vinculante general -pero sí particular- en la aplicación del derecho comunitario, sí sirve de instrumento-guía u orientación para su desarrollo"²⁰⁶.

Igualmente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha aceptado que los principios generales del derecho también son fuente formal de derecho comunitario con base en el artículo 215 TCE (hoy artículo 288 TCE) el cual, al referirse a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, dispone que debe regirse "conforme a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros", lo que la jurisprudencia ha extendido a otras materias que originalmente no tenían prevista tal aplicación como en el caso de los derechos fundamentales²⁰⁷, de donde parecen venir las ideas en este sentido del Tribunal andino plasmadas en la sentencia que ya vimos.

Fernando Uribe Restrepo, citando a Manuel Medina, considera que "[c]uando se habla de principios jurídicos comunes a varios Estados no se trata, como podría creerse a primera vista, del resultado de un minucioso estudio de derecho comparado que permita determinar mecánicamente los elementos comunes a todos los países, a manera de un mínimo común denominador". "Se trata", según este autor, "de una indagación más cualitativa y conceptual, la cual permite incluso incorporar al derecho comunitario "la reglamentación nacional más juiciosamente elaborada" y la que mejor se ajuste a la estructura y a la naturaleza propias del derecho comunitario y que por lo tanto ofrezca las perspectivas más favorables para el futuro desarrollo de este nuevo derecho"²⁰⁸.

Para Uribe Restrepo, quizá por lo anterior puede afirmarse que en la subregión andina "existe un sólo sistema jurídico aunque los derechos nacionales sean diferentes" y este sistema, en su criterio, "está compuesto por principios generales del derecho, teorías o doctrinas jurídicas ampliamente aceptadas, y reglas de lógica jurídica, que se conocen y aplican en los cinco países"²⁰⁹.

²⁰⁶ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-96, GOAC No. 257 de 14 de abril de 1997, p. 32.60.

²⁰⁷ Para profundizar en este aspecto, puede verse el artículo del autor de este trabajo, en coautoría con Antonio Silva Aranguren, "La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", *Revista de la Fundación Procuraduría*, Fundación Procuraduría, No. 17, Caracas, 1997, pp. 197-234.

²⁰⁸ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, pp. 90-91.

²⁰⁹ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 94.

Finalmente, Uribe Restrepo expresa en relación al criterio restrictivo de Zelada Castedo al que antes nos referimos y que no comparte el Tribunal andino, que "[n]o creemos, sin embargo, que esa pueda ser la conclusión lógica puesto que, conforme se ha visto, los principios generales del derecho resultan indispensables en todo sistema jurídico que aspire a la unidad, a la autonomía y a un mínimo de coherencia". Continúa este especialista diciendo que lo anterior es aplicable "[m]áxime si se trata de un sistema de derecho comunitario que necesariamente debe ser evolutivo, polifacético y dinámico". Por lo demás, según este autor, "los principios generales del Derecho Internacional no se pueden descartar en ningún caso ya que ellos regulan los tratados fundacionales de la Comunidad"²¹⁰.

Ciertamente, los textos positivos de la Comunidad Andina dejan sin resolver el problema de la aplicación de las fuentes indirectas o secundarias del derecho comunitario. El Tribunal de Justicia andino, con el ánimo de llenar a ese vacío, hizo un proyecto de protocolo modificatorio del Tratado de su creación en el cual expresó lo siguiente: "en el derecho comunitario, como en toda disciplina jurídica, hay vacíos o lagunas que el juez tiene que llenar para poder administrar justicia. Cuando no existe una norma jurídica positiva entonces el Tribunal puede aplicar la costumbre comunitaria o la internacional. Si esta costumbre no existe, el Tribunal podrá acudir a los principios generales del derecho"²¹¹.

El proyecto de protocolo antes aludido distingue dos tipos de principios generales. Unos son los que se derivan del derecho comunitario y, a falta de estos, del derecho internacional. De esta manera se deja claramente establecido que el derecho comunitario es una rama autónoma del derecho internacional y por eso se debe aplicar, en primer término, los principios del derecho comunitario y, a falta de estos, es cuando se pueden aplicar los del derecho internacional. Los otros principios generales son los que están reconocidos por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de los Estados miembros. Si uno de los mecanismos y medidas previstas en el Acuerdo de Cartagena (literal a) del artículo 3 AC) es "la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes", es lógico concluir que aquellos principios generales que sean comunes a los países miembros los puede aplicar el Tribunal. Por último, el Tribunal puede aplicar también la jurisprudencia y la doctrina"²¹².

En relación al problema de la falta de mención de la jurisprudencia como fuente del derecho comunitario andino, el Tribunal de Justicia andino ha dicho lo siguiente:

²¹⁰ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, pp. 102-103.

³² Extraído de URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 106.

²¹² Extraído de URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 106.

"Conviene observar que el pronunciamiento del Tribunal cuando atiende una solicitud de interpretación prejudicial, tiene la finalidad de asegurar la aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, por lo que la jurisprudencia del Tribunal, como cuerpo de doctrina armónica y estable que debe servir al proceso de integración andina, es de aplicación general en los Países Miembros"²¹³.

Así, el Tribunal de Justicia andino no ha tenido problema alguno para aplicar en la resolución de los casos sometidos a su jurisdicción su propia jurisprudencia y la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como ya dijimos, a través de las cuales ha llenado las lagunas que se han presentado en el Acuerdo de Cartagena. Esto lo vemos, en su sentencia en el proceso 2-IP-88 en la que el órgano judicial andino, para explicar en qué consiste el efecto de la norma comunitaria sobre el derecho nacional, hace uso de la famosa sentencia europea Costa/ENEL de 15 de junio de 1964 y la Simmenthal de 9 de marzo de 1978, diciéndolo, además, expresamente.

Asimismo, el Tribunal andino ha dejado sentado que "el pronunciamiento del Tribunal cuando atiende una solicitud de interpretación prejudicial, tiene la finalidad de asegurar la aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, *por lo que la jurisprudencia del Tribunal, como cuerpo de doctrina armónica y estable que debe servir al proceso de integración andina, es de aplicación general en los Países Miembros*" (cursivas nuestras)²¹⁴.

Sin embargo, aclara el máximo órgano jurisdiccional andino, "los dictámenes del Tribunal son actos judiciales que, por su propia naturaleza, se refieren al asunto *sub-judice* en cada caso". De ahí se desprende, según el mismo, "que la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación" y "[a]simismo, bien podría el Tribunal variar y aún cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo"²¹⁵.

Igualmente, dice el Tribunal andino, "con fundamento en la doctrina también, podría en esta oportunidad asumirse que la jurisprudencia del Tribunal Andino constituye una fuente indirecta del Derecho Comunitario, pues ella a más de aclarar los conceptos sobre ciertas normas, sienta principios jurídicos que van constituyendo reglas básicas de Derecho en la subregión"²¹⁶.

²¹³ Sentencia TJCA, proceso 7-IP-89, GOAC No. 53.

²¹⁴ Sentencia TJCA, proceso 7-IP-89, GOAC N° 53 de 18 de diciembre de 1989 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 65).

²¹⁵ Sentencia TJCA, proceso 7-IP-89, GOAC No. 53 de 18 de diciembre de 1989 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 65).

²¹⁶ Sentencia TJCA, proceso 1-AN-97, p. 21.52.

1.2. La organización del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina está integrado por cinco magistrados, quienes deberán ser nacionales de origen de los países miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia (art. 6 TTA).

Al estar conformada la Comunidad Andina en la actualidad por cinco países, no se ha presentado el problema, que en ciertos momentos se ha producido en las Comunidades Europeas, de tener un número par de jueces, lo que puede dificultar la adopción de decisiones, que en un órgano supranacional, como es este Tribunal, debe ser por mayoría. Esto se hubiera presentado en la Comunidad Andina si Chile no se hubiera retirado de la misma en 1976, que era el sexto miembro, para lo cual muy probablemente se hubiese tenido que echar mano de la solución adoptada en las Comunidades Europeas de nombrar jueces adicionales cuando éstas estaban integradas por doce países o de darle un voto doble al Presidente del Tribunal para provocar el desempate.

También es poco probable que se presente en la Comunidad Andina el problema que ha perseguido a las Comunidades Europeas cada vez que se produce una ampliación, el cual puede agudizarse en las futuras incorporaciones de los países de la Europa del Este, ya que el mantenimiento de la regla de un juez por cada Estado miembro como se hace ahora, y a veces hasta dos, como lo expresa Mangas Martín "puede acabar acercando el Pleno del TJCE a una asamblea deliberante y alejarlo de lo que es una formación jurisdiccional"²¹⁷.

Esta última situación es poco probable que ocurra en la Comunidad Andina porque ya son miembros casi todos los países andinos y los que no lo son como Chile no han manifestado ningún interés en pertenecer a ella²¹⁸. El problema, en todo caso, es el contrario: que se retiren algunos

²¹⁷ MANGAS MARTIN y Diego LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, p. 200.

²¹⁸ Chile ha intentando ser parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés), junto con México, Canadá y los Estados Unidos de América, pero el Congreso de esta última nación ha negado al Presidente de la Unión, Bill Clinton, la famosa ley (llamada "Fast Track") que le permitiera al Presidente incorporar a este país y a otros de América Latina como parte del TLCAN sin tener que pedir autorización al órgano legislativo federal. El Congreso de los Estados Unidos de América no está de acuerdo con la incorporación de más países latinoamericanos al TLCAN si no es bajo el cumplimiento de ciertos estándares ambientales y laborales, y estos condicionamientos, principalmente de los demócratas (los partidarios de Clinton), llegan hasta incluso el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), de manera que si el Presidente norteamericano no llega a acuerdos con el Congreso, inclusive el ALCA será difícil de llevar a cabo en el 2005 como está planificado en los documentos de la Cumbre de las Américas celebrada en Miami en 1994 y que fueron ratificados en 1998 en la nueva Cumbre de las Américas

países y quede la Comunidad Andina constituida por dos o tres países solamente. En efecto, Bolivia y Venezuela han manifestado interés en hacerse miembros de pleno derecho del Mercosur, lo que pudiera implicar su retiro de la Comunidad Andina, y Perú casi lo ha hecho en varios momentos, lo que para evitarse se ha creado un régimen especial, tal como se intentó hacer con Chile en su oportunidad pero que no evitó su retiro definitivo al final²¹⁹.

celebrada en Santiago de Chile (TORO HARDY, Alfredo, "Fast track", *El Universal*, Caracas, 13 de noviembre de 1997, p. 1-4).

Al mismo tiempo, Chile tiene un acuerdo de libre comercio con el Mercosur desde junio de 1996 y está en conversaciones con el mismo Mercosur para ser un miembro asociado, mas no de pleno derecho, por sus intereses particulares como país en el proceso, que fueron los que en parte motivaron su retirada del Pacto Andino en 1976 y que hicieron que cuando se constituyó el Mercosur en 1991 decidiera no participar como miembro fundador, aparentemente por querer pertenecer más al TLCAN (*El Universal*, Caracas, 17 de diciembre de 1998, p. 2-7).

²¹⁹ Afortunadamente, al momento de redactar estas líneas, pese a su solicitud formal, Venezuela no ha sido aceptada como miembro individual del Mercosur. En reunión en Fortaleza, Brasil en el mes de diciembre de 1996, se tenía previsto anunciar la incorporación de Venezuela al Mercosur, pero ello finalmente no se hizo porque aparentemente los sureños prefirieron negociar con el bloque andino en su totalidad, de la forma 4+1, y no país por país. Hay otra versión de estos hechos según la cual en mayo de 1996, con ocasión de la segunda visita del Presidente venezolano Rafael Caldera a Brasil, el Presidente brasileño Fernando Henrique Cardoso le había formulado una invitación a Venezuela para que se adhiriera al Mercosur en calidad de asociado. Tal invitación fue supuesta y subsecuentemente ratificada por los demás miembros del Mercosur, lo que parece confirmarse con las declaraciones del Vicepresidente argentino en visita a Caracas cuando dijo que el Presidente Menem quería impulsar un acuerdo cuatro más uno entre Venezuela y el Mercosur, independientemente de los resultados de las negociaciones entre el Grupo Andino y el Mercosur, estructurando una zona de libre comercio (*El Universal*, Caracas, 1 de marzo de 1998, p. 1-24). No obstante, esta invitación, según Alfredo Toro Hardy, diplomático especialista en la materia, implicaba al mismo tiempo diluir los compromisos establecidos con el Grupo Andino y asumir el riesgo de una negociación en solitario. Por esto, "antes de que el debate hubiese llegado a una conclusión a nivel doméstico, el Mercosur amplió su invitación a Venezuela a los demás miembros del Grupo Andino" y los integrantes de éste decidieron negociar conjuntamente (TORO HARDY, Alfredo, "Venezuela, la Comunidad Andina y el Mercosur", *El Universal*, Caracas, 3 de noviembre de 1997, p. 2-2).

Esto ha llevado a Venezuela a acercarse más a la Comunidad Andina, de la que en los hechos estuvo un poco aislada entre 1993 y 1995, por funcionar mejor un tratado bilateral de libre comercio con Colombia y México (el Grupo de los Tres) y por sus deseos de incorporarse al Mercosur, apoyado como hemos visto, por Brasil y su Presidente Fernando Henrique Cardoso. Este país siempre ha estado interesado en el desarrollo de su parte norte, justamente limítrofe con Venezuela, zona ésta que no ha recibido los beneficios del Mercosur y para ello espera utilizar la cooperación de Venezuela y la incorporación de ésta al Mercosur.

Con este acercamiento a la Comunidad Andina, donde es pilar fundamental, Venezuela ha impulsado con el apoyo de todos los países miembros de la misma, especialmente de Colombia, la búsqueda de una integración entre la Comunidad Andina y el Mercosur para la creación de una zona de libre comercio, lo que ya comienza a concretarse con la firma de un acuerdo-marco entre ambos bloques en 1997, el que dio inicio formalmente a las negociaciones entre ambos bloques, que todavía no han terminado. No se ha llegado a ningún acuerdo con Argentina, Uruguay y Paraguay pero sí con Brasil, que se separó de los demás mercosureños en las negociaciones para efectos, con la que se logró un acuerdo en forma directa e individual en 1999, pero no se ha logrado con ninguno la anhelada zona de libre comercio. Los hechos apuntan a que entre el Mercosur y la Comunidad Andina al final lo que va a haber es un convenio asociativo *intra* bloques para la constitución de una zona de libre comercio, lo que se ha confirmado en la Cumbre de Brasilia entre los Jefes de Estado suramericanos

Esta gran cantidad de Estados miembros en las Comunidades Europeas y por consiguiente de jueces en su Tribunal de Justicia, ha hecho que, a diferencia de lo que sucede en la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia esté organizado en salas compuestas de tres, cinco o siete jueces, con objeto a proceder a determinadas diligencias de instrucción y de conocer en determinadas categorías de asuntos. También funciona en Pleno y se limita el Tratado a decir que las sesiones plenarias serán obligatorias "cuando lo solicite un Estado miembro o una institución de la Comunidad" (artículo 221 TCE). A esta obligación de resolver en sesión plenaria impuesta por el Tratado, debe añadirse la impuesta por el Reglamento de Procedimiento (artículo 95 RP) respecto de aquellos asuntos promovidos por un Estado miembro o una institución en la medida en que así lo requiera su dificultad, su importancia o sus circunstancias particulares, términos éstos, como apunta Ricardo Alonso García, "dejan un amplio margen de discrecionalidad al propio Tribunal para decidir sobre su concurrencia en cada caso"²²⁰.

En cuanto a la dificultad o importancia de los parámetros para la atribución de los asuntos, el Tribunal suele prestar especial atención, según menciona Rodríguez Iglesias, a la existencia o inexistencia de precedentes que permitan o no considerar que existe una jurisprudencia bien establecida, de manera que "se considera que corresponde al Pleno la decisión de cuestiones de principios, a las Salas de cinco magistrados el desarrollo de la jurisprudencia y a las Salas de tres la aplicación de la jurisprudencia"²²¹.

La composición de las Salas es publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y cada una de ellas cuenta con su propio Presidente, elegido por un año por el Tribunal (art.10 RP). En la actualidad, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuenta con cuatro Salas de tres jueces (pequeñas Salas), dos Salas de cinco jueces (grandes Salas) y el Pleno, las que se mantuvieron después de la última ampliación y los nuevos jueces se han afectado a ellas de manera

celebrada en el año 2000, pero no una integración total, lo que es más conveniente en virtud de la diferente naturaleza jurídica y evolución de cada uno de estos procesos de integración.

Bolivia, también miembro de la Comunidad Andina, ha hecho la solicitud formal de incorporación plena al Mercosur, pero lo que ha logrado es suscribir un convenio de asociación con MERCOSUR de los del tipo 4 + 1, igual que el que se suscribió con Chile, lo que no le ha dado a Bolivia el estatus de miembro de pleno derecho como lo pedía, a lo cual todavía se aspira según declaraciones del Ministro de Justicia argentino, Raúl Granillo Ocampo, quien pronosticó la plena incorporación de Bolivia al Mercosur antes de dos años, esto es, en el 1999 (*El Universal*, Caracas, 9 de noviembre de 1997), lo que realmente no ha sucedido.

²²⁰ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario, Sistema Constitucional y...*, p. 157.

²²¹ Citado por ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario, Sistema Constitucional y...*, p. 158.

que dos de las pequeñas Salas cuentan con cuatro jueces y las dos grandes Salas disponen de siete jueces cada una²²².

Al igual que en las Comunidades Europeas, donde los jueces del Tribunal de Justicia son designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros (artículo 223 TCE), los magistrados del Tribunal andino son designados de temas presentadas por cada país miembro y por la unanimidad de los plenipotenciarios acreditados para tal efecto (art. 7 TTA) e igual al caso europeo, para un período de seis años, se renovarán parcialmente cada tres años -la diferencia entre el caso europeo y el andino es en el número de jueces que deben reelegirse cada vez- y podrán ser reelegidos por una sola vez (art. 8 TTA). En las Comunidades Europeas, en cambio, los jueces pueden ser reelegidos ilimitadamente (artículo 223 TCE).

A diferencia de las Comunidades Europeas, en donde los tratados nada dicen sobre la nacionalidad de los jueces del Tribunal de Justicia, el Tribunal andino está integrado por cinco nacionales de los Estados miembros, lo que al final coincide con la solución práctica que se ha dado en las Comunidades Europeas de que cada Estado miembro cuente con un juez de su nacionalidad y aunque tampoco hay nada establecido al respecto, se ha aceptado la regla de los cuatro grandes (Francia, Alemania, Reino Unido e Italia), a los que se añade ahora España, según la cual estos países cuentan por sistema de rotación con dos jueces en el Tribunal.

Igualmente, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia andino exige que los candidatos a magistrados o jueces cumplan los requisitos que exijan los ordenamientos nacionales de cada candidato para ejercer funciones en los altos tribunales (art. 6 TTA), lo que es más rígido a lo que sucede en las Comunidades Europeas donde cada Estado miembro es libre de establecer las condiciones que considere necesarias para ello en su ordenamiento jurídico interno, como lo podría hacer con su Tribunal Constitucional o su Tribunal Supremo y deben respetarse siempre, porque así lo exige el Tratado, las condiciones de independencia y reconocida competencia (art. 223 TCE).

Con la finalidad de reafirmar la independencia del Tribunal andino, su Tratado de creación establece en su artículo 6 que los magistrados gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente, y se abstendrán de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo. Una disposición similar puede considerarse que es el artículo 223 TCE que establece que los jueces del Tribunal de Justicia serán elegidos entre personalidades que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia.

²²² MANGAS MARTIN y Diego LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la...*, p. 203.

Igualmente, el Estatuto del Tribunal europeo contiene una serie de disposiciones dirigidas a fortalecer la independencia e imparcialidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones, que se extienden a situaciones anteriores como posteriores a su toma de posesión. Así, los jueces del Tribunal de Justicia europeo gozan de inmunidad de jurisdicción, la cual sólo puede ser suspendida por el Tribunal reunido en sesión plenaria y que se extiende, una vez cesados en sus funciones, a los actos realizados con carácter oficial (artículo 3 ETJE). El mismo artículo 3 ETJE establece que "en caso de que, una vez suspendida la inmunidad, se ejercitare una acción penal contra un Juez, éste sólo podrá ser juzgado, en cada uno de los Estados miembros, por la autoridad competente para juzgar a los magistrados pertenecientes al órgano jurisdiccional supremo nacional".

También, con los mismos fines anotados, el artículo 4 ETJE prohíbe a los jueces del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejercer alguna función política o administrativa ni, salvo autorización excepcional por el Consejo, actividad profesional, retribuida o no, y exige el compromiso solemne de respetar los deberes de honestidad y discreción en cuanto a la aceptación, una vez terminado su mandato, de determinadas funciones o beneficios.

Finalmente, el artículo 16 ETJE prohíbe también a los jueces "participar en la solución de ningún asunto en el que hubieran intervenido anteriormente en calidad de agente, asesor o abogado de una de las partes, o respecto del cual hubieran sido requeridos a pronunciarse como miembros de un Tribunal, de una comisión investigadora o en cualquier otro concepto". En criterio de Ricardo Alonso García, por este motivo y aunque el procedimiento de recusación no está previsto ni en el Estatuto ni en el Reglamento de Procedimiento, "pocas dudas debe plantear su admisión, pues lo contrario atentaría contra las exigencias de un proceso equitativo"²²³ en lo cual estamos de acuerdo porque de otra manera se atentaría contra la imparcialidad y objetividad que tiene que tener un juez, lo que puede ser atacado por el propio juez como por las posibles partes del proceso.

En este aspecto, el Tribunal de Justicia andino es regulado de manera similar. En efecto, el Tratado de Creación (artículo 6) dispone, como apuntamos antes, que los magistrados "gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente, y se abstendrán de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo" y al igual que en el Tribunal europeo, los magistrados deben someterse a formalidades especiales para asumir su cargo, con los mismos fines, que consisten en que el día de la iniciación del período o a más tardar treinta días después, el Estatuto (ETJA) prevé que el magistrado designado prestará, en sesión del Tribunal y en su sede, "el juramento de que ejercerá sus atribuciones a conciencia y con absoluta imparcialidad, guardará el secreto de sus deliberaciones del Tribunal y cumplirá los deberes inherentes a sus funciones (artículo 4 ETJA).

²²³ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 157.

Igualmente, también para garantizar la independencia del Tribunal, el Tratado dispone que los países miembros se obligan a otorgar a aquél "todas las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones" (artículo 12 TTA) y a tales fines, éste prevé que el Tribunal y sus magistrados gozarán en el territorio de los países miembros de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, en particular, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y de su correspondencia oficial y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales, con las excepciones establecidas en el artículo 31 de la mencionada Convención de Viena (artículo 12 TTA).

También dispone el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia andino que los magistrados, el Secretario y los funcionarios del Tribunal a quien éste designe con el carácter de internacionales gozarán en el territorio del país sede de las inmunidades y privilegios correspondientes a su categoría (artículo 12 TTA). Esta inmunidad de los magistrados podrá ser levantada por el Tribunal, a solicitud de quien corresponda y en sesión plenaria, para lo cual deberá dictar una resolución motivada, previo examen de los antecedentes (artículo 5 ETJA). Si levantada la inmunidad el magistrado fuere sometido a juicio, "éste habrá de desarrollarse ante la jurisdicción competente para juzgar a los más altos magistrados del país miembro donde se tramite la causa". En tal caso, si hubiere sentencia condenatoria en el proceso penal, ésta determinará la vacancia del cargo (artículo 5 ETJA).

A diferencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el capítulo V del Título Segundo de Estatuto del Tribunal de Justicia andino sí prevé el impedimento o la recusación de los magistrados, que puede tener lugar en cualquier estado del procedimiento (artículo 72 ETJA). Son motivos de impedimento o recusación de los magistrados, en relación con las partes o sus representantes o mandatarios: a) Parentesco del magistrado o de su cónyuge dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; b) Interés del magistrado o de su cónyuge en el asunto sometido al Tribunal o en otro que verse sobre objeto similar; c) Intervención anterior en el asunto; y d) Amistad íntima o enemistad manifiesta del magistrado o de su cónyuge (artículo 73 ETJA).

Si bien no creemos que en el Tribunal de Justicia europeo no pueda intentarse la recusación, no obstante, hace falta una regulación detallada como la del andino y como se hace en la mayoría de los códigos procesales del mundo, por lo menos los regidos por el sistema romano, para que queden claras las situaciones en las que es procedente una recusación, lo cual puede subsanarse con la doctrina de los principios generales en los Estados miembros en donde muy probablemente habrá disposiciones similares a la andina para llenar esta laguna europea, tal como se ha hecho en materia de derechos fundamentales, de manera de crear una especie de doctrina de la recusación creada jurisprudencialmente.

También expresa el Estatuto del Tribunal andino que sin esperar a que se le recuse, "el magistrado que conociere que existe respecto a él alguno de los motivos señalados en el artículo anterior, estará obligado a declararlo al Tribunal". El Presidente, recibida su declaración, suspenderá la causa hasta que el Tribunal resuelva el incidente (artículo 74 ETJA).

Según el Estatuto, la recusación se propondrá al Tribunal mediante escrito en el que se expresarán los motivos que la fundamentan. Propuesta la recusación, el Presidente suspenderá la causa hasta que el Tribunal decida el incidente y, si hubiere lugar, ordenará las pruebas que deberán recibirse en el término de ocho días. Concluido el término, el Tribunal se pronunciará definitivamente (artículo 75 ETJA).

Por último, agrega el Estatuto que ni el impedimento ni la recusación tienen efectos sobre lo anteriormente actuado en el procedimiento (artículo 76 ETJA).

Respecto al cese de los jueces o magistrados de los tribunales comunitarios europeo y andino, aparte de los casos de terminación del mandato y de fallecimiento, que lógicamente aplican en ambos casos, el cese de los jueces del Tribunal europeo puede producirse por dimisión, pérdida de las condiciones requeridas o incumplimiento de las obligaciones derivadas del cargo, en este último caso debiendo haber la unanimidad de los integrantes del Tribunal, inclusive los Abogados Generales, figura ésta que en el Tribunal andino no existe. En este último caso, el afectado no podrá tomar parte en las deliberaciones del Tribunal para decidir su remoción.

En el caso del Tribunal andino, el Tratado expresa que los magistrados podrán ser removidos a requerimiento del gobierno de un país miembro, únicamente cuando en el ejercicio de sus funciones hubieran incurrido en falta grave prevista en el Estatuto del Tribunal y de conformidad con el procedimiento en él establecido. Para tal efecto, los gobiernos de los países miembros designarán plenipotenciarios quienes, previa convocatoria del gobierno del país sede, resolverán el caso en reunión especial y por unanimidad (artículo 10 TTA). No dice nada este artículo sobre la posibilidad de intervención del magistrado afectado en las deliberaciones del Tribunal para decidir su remoción, pero entendemos que es aplicable lo que se estipula en las Comunidades Europeas. Sólo expresa el Estatuto que reunidos los plenipotenciarios, "oirán al magistrado inculcado y resolverán por unanimidad y en forma motivada si hay lugar a la remoción" (artículo 7 ETJA).

El Estatuto del Tribunal prevé como faltas graves de los magistrados la mala conducta notoria, cualquier acción incompatible con el carácter de su cargo, la falta reiterada a los deberes inherentes a su función, el desempeño de las actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente o académica y la violación del juramento (artículo 6 ETJA).

2. Las competencias del Tribunal de Justicia

2.1. La acción de nulidad

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece la posibilidad del control de la legalidad de los actos de los órganos comunitarios. En efecto, el artículo 17 TTA dispone que "[c]orresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado".

Como puede verse, la redacción del citado artículo 17 TTA es diferente a la del artículo 230 TCE que establece el recurso de anulación, equivalente a la acción de nulidad andina, diciendo que "[e]l Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros". Veamos de seguidas en qué consisten estas diferencias entre ambas vías de impugnación andina y europea, pero sobre todo las semejanzas para determinar de qué manera el derecho europeo ha influido en el sistema jurisdiccional andino en relación con este recurso.

2.1.1. La materia de la acción de nulidad

La posibilidad de control judicial a través de la acción de nulidad por parte del Tribunal de Justicia andino puede recaer sobre todos los actos del llamado derecho derivado, esto es, las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General y además, los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Así las cosas, el control judicial que puede ejercer el Tribunal de Justicia andino a través de esta vía de la anulación no puede llegar al derecho originario, constituido por el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos Modificatorios y los Instrumentos Adicionales, y por supuesto el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los Protocolos que lo reforman. Sólo puede anularse el

derecho dictado en ejecución de los tratados constitutivos y los Convenios de Complementación Industrial que adopten los países miembros entre sí, siempre y cuando no sean parte del llamado derecho constitucional andino. De manera que la determinación de irregularidades en el derecho originario solamente podrá ser hecha por los Estados miembros a través de las vías establecidas en el derecho internacional.

Sucede en la Comunidad Andina algo parecido a la Comunidad Europea en el sentido de que en la práctica sólo son impugnables los actos vinculantes y no las meras recomendaciones o dictámenes. Ello sucede, no porque el Tratado exija que los actos sean obligatorios para poder ser controlados por esta vía, sino porque las Decisiones y las Resoluciones mencionadas en el artículo 17 TTA susceptibles de ser impugnadas en nulidad generalmente tienen esta característica. En nuestra opinión, lo que importa realmente en el ámbito andino, a diferencia de lo que sucede en el europeo, más que el contenido, es la forma del acto, es decir, que se trate de Decisiones o de Resoluciones emanadas de los órganos mencionados, cuyo contenido puede ser vinculante o no. No obstante, veremos que en algunos casos el Tribunal se ha decidido por conocer la nulidad de actos que no tienen ninguna de las formas establecidas en el artículo 17 TTA porque en su criterio tenían un contenido vinculante, efectos jurídicos hacia terceros, eran actos definitivos y no meras opiniones, como sucedió con los dictámenes de incumplimiento cuando no eran dictados bajo la forma de Resolución como sucede en la actualidad²²⁴.

Tampoco son recurribles en la Comunidad Andina, como en la Europea, los actos de eficacia interior en la Comunidad como circulares e instrucciones que, aún produciendo efectos jurídicos, no trasciendan de la administración comunitaria²²⁵, ni los actos preparatorios, puesto que su eficacia

²²⁴ Ciertamente, como dice Hartley, en el Tratado de la Comunidad Europea la característica esencial para que un acto sea revisable por el sistema jurisdiccional es que el acto tenga fuerza obligatoria o que tenga efectos jurídicos (véase sentencia TJCE *Italia v. Comisión* (caso 151/88), ECR 1255). Según él puede inferirse que, excepto cuando el Parlamento Europeo actúa solo, la característica esencial de un acto revisable, de acuerdo con el ahora artículo 230 TCE, es que el acto tenga fuerza obligatoria o, dicho de otra manera, que tenga efectos jurídicos, de donde cuando el Parlamento actúe solo para esta autor está expresamente dispuesto en el mismo artículo que tales actos pueden ser llevados a revisión sólo en lo que respecta a los que produzcan efectos jurídicos hacia terceras personas (HARTLEY, *ob. cit.*, p. 343).

²²⁵ El Tribunal europeo ha dicho que un acto no es revisable por esa jurisdicción si sólo tiene efectos internos. Por esto quiere decir, según Hartley, que si el acto afecta solamente a la organización internamente o la operación de la institución que lo haya adoptado, terceras personas no pueden atacarlo. El principio ha sido aplicado principalmente respecto a los actos del Parlamento Europeo y ahora está expresamente dicho en el artículo 230 TCE con relación a aquellos casos donde el Parlamento no actúa con el Consejo. No es siempre fácil, sin embargo, para Hartley, establecer la línea entre el acto puramente interno y uno con efectos para terceras personas (véase sentencia TCE *Francia v. Comisión* (caso C-366/88), [1990], ECR I-3571, donde el Tribunal, pese a que se trataba de actos internos (instrucciones), declaró que eran revisables en anulación porque tenían efectos hacia terceras personas (HARTLEY, *ob. cit.*, pp. 346-347).



corresponderá en su caso al acto definitivo²²⁶. Creemos, sin embargo, que esto es así en la Comunidad Andina siempre y cuando tales actos internos o preparatorios no asuman la forma de Decisiones o Resoluciones. La diferencia entre la Comunidad Andina y la Comunidad Europea está en que esta última utiliza en su Tratado, al final del primer párrafo del artículo 230 TCE, la expresión "destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros", lo que da idea de la exigencia de un contenido vinculante hacia afuera de la Comunidad para que el acto sea impugnabile a través del recurso de anulación, lo que no ocurre en el Tratado andino. Sin embargo, ya veremos más adelante que en la práctica los actos vinculantes *id extra* son los únicos que actualmente tienen la forma de Decisiones y Resoluciones.

Por lo anterior no podemos sino concluir que en el Tratado andino el criterio para determinar la materia objeto de la acción de nulidad es orgánico y formal: orgánico porque sólo son impugnables los actos de los órganos mencionados en el artículo 17 y formal porque sólo son impugnables los actos que revistan la forma de Decisiones o Resoluciones. Sólo indirectamente tiene importancia para determinar la materia de la acción de nulidad que el acto tenga efectos hacia terceros.

Así las cosas, en la Comunidad Andina para determinar la materia recurrible por la acción de nulidad basta con que el acto emane del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina o de la Secretaría General, bajo la forma de Decisión o Resolución. Apartamos por los momentos de esta discusión a los Convenios de Complementación Industrial o los otros mencionados en el artículo 17 TTA, por tratarse de negocios jurídicos de distinta naturaleza jurídica y en los que no hay duda alguna de su naturaleza para su control de legalidad.

No obstante, en criterio del profesor venezolano José Guillermo Andueza, si bajo la forma de una Decisión o de una Resolución se emite una simple opinión o se hace una recomendación, la demanda de nulidad debe ser considerada inadmisibile porque el acto recurrido no contiene un mandato imperativo y decisorio²²⁷. Sobre esta inadmisibilidat parece estar de acuerdo el experto colombiano Luis

²²⁶ Para Schermers y Waelbroeck, la formulación de decisiones está precedida por consultas y recolección de información en la que el futuro destinatario puede estar involucrado. De acuerdo con pasadas sentencias del Tribunal de Justicia europeo, las cartas diciendo que el asunto está siendo sometido a consideración (véase sentencia TJCE, segundo caso *Snupat* (42 y 49/59), de 22 marzo 1961, [1961], ECR, 72 y segundo caso *Richez Paris* (40/71), de 17 de febrero de 1972, consideraciones 8,9, [1972], ECR 79) o pidiendo paciencia (véase sentencia TJCE, caso *Muller* (79/70), de 7 de julio de 1971, consideraciones 10, 17, [1971], ECR, 697-698) no son actos oficiales, no tienen efectos jurídicos por lo que no pueden ser atacados en el Tribunal. Pero pudiera haber comunicaciones que afecten los intereses de a quienes va dirigida si produce un cambio distintivo en su posición legal, a lo que el Tribunal ha dicho que el órgano que la emita no puede actuar de esta forma para emitir un acto (sentencia TJCE, caso *First Cement Convention* (8-11/66), de 15 de marzo de 1967, [1967], ECR 91-92) (SCHERMERS, Henry G. y Denis Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Netherlands, 1987, pp. 168-169).

²²⁷ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, pp. 89-90.

Carlos SÁCHICA cuando dice que en principio son anulables "todos los actos creadores de situaciones jurídicas generales y particulares emanadas de los órganos sujetos al control de legalidad" y agrega que la justificación de las exclusiones del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia en la acción de nulidad andina "no puede ser distinta de la que encontramos en el sistema europeo, o sea, la de que el control se ejerce sólo sobre los actos que tienen efectos obligantes, ya para los países miembros del Acuerdo, sus órganos o sus habitantes"²²⁸. Por nuestra parte, como hemos dicho, no creemos que el criterio para determinar si un acto es anulable en la Comunidad Andina es si éste es vinculante o no porque, repetimos, el Tratado asumió un criterio orgánico y formal para determinar la materia de la acción de la nulidad y no el contenido de los actos. Sin embargo, el Tribunal de Justicia andino parece tener otro criterio como veremos más adelante²²⁹.

Ahora bien, si se trata de un dictamen bajo la forma de una Decisión o una Resolución, como serían los que emitiera el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión de la Comunidad Andina si ello fuera el caso, o el dictamen que emane de la Secretaría General sobre el estado de incumplimiento de las obligaciones comunitarias de un Estado miembro, de acuerdo con los artículos 23 y 24 TTA²³⁰, tales dictámenes consideramos que pueden ser susceptibles de una acción de nulidad, de conformidad con el artículo 17 TTA, siempre que se hagan bajo la forma arriba anotada, sin tomar en cuenta su contenido.

Sin embargo, en la práctica, durante mucho tiempo los dictámenes de la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena sobre el estado de cumplimiento de los Estados miembros, que se producían en la fase administrativa de la acción de incumplimiento, de acuerdo con los artículos 23 y 24 TTA, no fueron emitidos bajo la forma de Resolución sino de Dictamen, así con mayúsculas, como si se tratara de un nuevo tipo de actos del órgano ejecutivo de la Comunidad Andina, lo que hizo que los mismos no fuesen susceptibles de una acción de nulidad porque no tenían la forma de Resolución. Claro está, en ese momento y hasta la modificación del Acuerdo de Cartagena en 1996 a través del Protocolo

²²⁸ SACHICA, Luis Carlos, "La acción de nulidad en el ordenamiento jurídico andino", *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Buenos Aires, 1985, p. 55.

²²⁹ En Europa, según Schermers y Waelbroeck, está fuera de toda duda que la anulación de recomendaciones y opiniones no puede ser solicitada al Tribunal de Justicia, pero es menos claro hasta dónde esta prohibición pudiera también aplicar a la revisión de la legalidad de la recomendación u opinión como establecido en otros artículos (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, pp. 158-159).

²³⁰ Originalmente, la Junta del Acuerdo de Cartagena no emitía sus dictámenes de cumplimiento, establecidos en los artículos 23 y 24 del Tratado de creación del Tribunal, bajo la forma de Resoluciones sino que los llamaba pura y simplemente Dictámenes, cuando en la realidad no eran tales sino un acto administrativo definitivo con efectos jurídicos para terceros. Afortunadamente, esto ha sido corregido y hoy la Secretaría General ya emite los dictámenes de incumplimiento bajo la forma de Resoluciones ya que es la única forma que tiene este órgano andino para manifestarse jurídicamente, además de las otras características de este tipo de actos.

Modificadorio de Trujillo, la única forma de expresarse la Junta no eran las Resoluciones solamente, tal como sucede ahora, sino que ello dependía del contenido del acto en concreto y de acuerdo con esto se le daba una denominación a cada uno dependiendo de su contenido. Ello porque no existía en ninguna parte del Acuerdo de Cartagena o del Tratado del Tribunal una restricción en la forma de manifestación de la voluntad de la Junta, como sucede hoy con respecto a la Secretaría General cuya única forma de expresarse son las Resoluciones, independientemente de su contenido.

No obstante, anteriormente sí podía ser solicitada la nulidad de los dictámenes sobre estado de cumplimiento porque su contenido tenía indudables efectos jurídicos hacia terceros y tenía todas las características de un acto definitivo. En ese momento no había la obligación de la Junta de manifestarse siempre con Resoluciones, pero aunque hubiese sido así, consideramos que a tales dictámenes debía haberseles dado la forma de Resolución. Tan debió haber sido así que la Junta del Acuerdo de Cartagena ha dictado Resoluciones en situaciones con menos características de acto definitivo que un dictamen de (in)cumplimiento, que tienen tantos efectos jurídicos por contener una decisión definitiva, desde el punto de vista de la administración comunitaria, en lo que se refiere la fase pre-contenciosa de la acción de incumplimiento. Luego de este dictamen, el órgano que actúa en el procedimiento de incumplimiento es el Tribunal de Justicia, por lo que lógicamente el dictamen, última palabra de la entonces Junta del Acuerdo en el procedimiento administrativo de incumplimiento, debía ser materia de la acción de nulidad porque con ella terminada la fase administrativa y era la última decisión de la Junta al respecto.

La Junta del Acuerdo de Cartagena parece que se dio cuenta del error, quizás influida por el Protocolo de Trujillo, y comenzó a emitir los dictámenes sobre estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias bajo la forma de Resoluciones²³¹, con lo cual los hacía impugnables a través de la acción de nulidad, de conformidad con el artículo 17 TTA, y no podía ser de otra forma porque, como lo establece el artículo 29 *in fine* del Acuerdo de Cartagena desde 1996 "[l]a Secretaría General se expresará mediante Resoluciones", frase ésta que no aparecía en el original Acuerdo.

En la actualidad, según el Acuerdo de Cartagena, la Comisión y la Secretaría General se expresan mediante Decisiones y Resoluciones, respectivamente (arts. 21 y 29 AC), y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se pronuncia a través de dos tipos de actos como son las Declaraciones, de contenido político, y las Decisiones, de contenido jurídico (art. 17 AC). Aparentemente no hay otra forma por la que se puedan pronunciar estos órganos, independientemente

²³¹ A este respecto, pueden verse como ejemplos de Resoluciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena que contienen dictámenes sobre estado de incumplimiento de las obligaciones comunitarias, dictados de acuerdo con los artículos 23 y 24 TTA, que fueron emanadas bajo aquella forma, las numeradas 474 y 475, GOAC N° 266 de 20 de mayo de 1997. En cambio, en 1996, fueron publicadas en el mismo órgano oficial como Dictámenes, sin la forma de Resolución, los dictámenes de incumplimiento números 01-96, 02-96, 03-96, 04-96, 05-96 y 06-96 (GOAC N° 199 de 26 de enero de 1996).

del contenido vinculante o no que puedan tener estas manifestaciones de voluntad, motivo por el cual es imposible que tanto el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como la Comisión de la Comunidad Andina se puedan pronunciar formalmente de una forma diferente a las Decisiones y la Secretaría General a las Resoluciones. Por ello, estos órganos no pueden eludir el control judicial de la acción de nulidad²³² creando nuevos tipos de actos como dictámenes, circulares, instrucciones, propuestas, investigaciones, etc., como antes lo permitía el Acuerdo de Cartagena²³³.

Con respecto al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, si bien puede pronunciarse de una forma distinta a las Decisiones -las Declaraciones-, no es relevante que estos actos estén fuera de control judicial porque se trata de actos de la Comunidad sin contenido jurídico. Tanto es así que no forman parte del ordenamiento jurídico comunitario andino como lo dice expresamente el Tratado de Creación del Tribunal andino (art. 1 TTA) y para que tengan efectos jurídicos deberán ser instrumentados por los órganos respectivos de la Comunidad Andina (art. 11 AC), para lo cual éstos deberán dictar los actos jurídicos correspondientes, sean las Decisiones o las Resoluciones. Por esto, al igual que la Comisión, desde el punto de vista jurídico el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores no puede pronunciarse de una forma distinta a las Decisiones.

Como podemos observar, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina utiliza un criterio muy rígido y limitativo para determinar la materia recurrible de la acción de nulidad al adoptar un criterio formal y orgánico que, en principio, implica excluir de este tipo de control jurisdiccional a los demás actos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina que no sean Decisiones y los que no sean Resoluciones de la Secretaría General, así como todos los actos de los demás órganos de la Comunidad Andina e de las instituciones del Sistema Andino de Integración como los del Consejo Presidencial Andino, el Parlamento Andino, el propio Tribunal de Justicia, las instituciones financieras (CAF y FLAR) y

²³² En este sentido, SACHICA, "La acción de nulidad en...", p. 56.

²³³ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha llegado incluso a conocer de la acción de nulidad contra un acto que formalmente le fue dado el nombre de Acuerdo pero que por su naturaleza intrínseca era en su criterio una Resolución y "[g]oza por tanto el acto así emitido de la naturaleza, y se encuentra sometida al régimen de las Resoluciones de la Junta".

En efecto, este órgano jurisdiccional consideró que "[p]resentado bajo la denominación de Acuerdo, interesa precisar la naturaleza intrínseca del mismo para determinar la posibilidad de su impugnación en vía jurisdiccional". Según el tribunal andino, "[e]s preciso adoptar esta precaución inicial para evitar que el órgano emisor de una determinada actuación, pretenda sustraerla del régimen de revisión administrativa y judicial, haciéndolo inimpugnable". "En efecto", continúa el Tribunal, "el principal pretexto de las administraciones nacionales para eludir el control jurisdiccional de sus actos, es el de calificarlos de "internos", tratando de imprimirles la falsa connotación de que sus efectos se agotan en el exclusivo ámbito de esa Administración, y careciendo por tanto, aparentemente, de lo que la doctrina española denomina "alteridad", vale decir, de la capacidad de proyectarse fuera de ella, y por tanto, sin posibilidad de afectar la esfera individual de los particulares" (sentencia TJCA, proceso 1-AN-96, de 16 de abril de 1997, GOAC N° 266 de fecha 20 de mayo de 1997).

consultivas, los convenios sociales y la Universidad Andina Simón Bolívar, si los hubiere, lo que es difícil que ocurra por cuanto no tienen facultades para emitir actos vinculantes.

Concretamente con respecto al Consejo Presidencial Andino, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de que "las actas, directrices, declaraciones o compromisos que adoptan los Presidentes de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena cuando están constituidos en el Consejo Presidencial Andino, como se desprende de su propio instrumento constitutivo, no son Decisiones de la Comisión ni pertenecen al citado ordenamiento jurídico creado por el Tratado del Tribunal, que fue suscrito por los mismos Países Miembros"²³⁴. Se trataba concretamente de una demanda de nulidad del Acta de Barahona, firmada en Cartagena de Indias, Colombia, el 5 de diciembre de 1991, en el marco del VI Consejo Presidencial Andino y la solicitud de nulidad de las Decisiones "que hayan de adoptarse por la Comisión del Acuerdo de Cartagena a este respecto, contra la República de Colombia, la República de Venezuela, la República de Bolivia, la República de Ecuador y la República del Perú"²³⁵.

A este respecto, el Tribunal andino también manifestó que el artículo 17 TTA "no se refiere a las normas que 'hayan de adoptarse' como consecuencia de una decisión presidencial o como resultado de cualquier otra determinación" para que pueda ejercerse la acción de nulidad sino que ésta procede contra una Decisión o Resolución específica que se encuentra en vigor y cuyo número, que sirve para distinguirla de las demás, debe mencionarse expresamente²³⁶. En virtud de lo anterior, el Tribunal de Justicia se declaró incompetente para conocer la acción de nulidad intentada.

Igualmente, en otro caso en el que el recurrente "intenta una apelación contra la Resolución PE N° 842/84, mediante la cual la Corporación Andina de Fomento declaró desierto el concurso para seleccionar el mejor trabajo sobre Integración Andina", el Tribunal de Justicia andino se declaró incompetente porque "no puede conocer de ninguna de las actuaciones de la Corporación Andina de Fomento ya que no se trata de una entidad sujeta a su jurisdicción"²³⁷.

Queda la duda de si los actos que tienen efectos jurídicos de los demás órganos de la Comunidad Andina distintos al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión y

²³⁴ Sentencia TJCA, proceso 2-N-92, GOAC No. 108 de 12 de mayo de 1992 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 20).

¹³⁶ Sentencia TJCA, proceso 2-AN-92, GOAC No. 108 de 12 de mayo de 1992 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 20).

²³⁸ Sentencia TJCA, proceso 2-N-92, GOAC No. 108 de 12 de mayo de 1992 (*Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 19).

²³⁷ Sentencia TJCA, proceso 1-85, de fecha 22 de noviembre de 1985 (*Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 25).

de la Secretaría General, tienen control jurisdiccional a través de la acción que estamos estudiando, lo que es irrelevante porque son órganos que no pueden dictar actos obligatorios que formen parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina²³⁸. Quizás cuando el Parlamento Andino asuma facultades más importantes que le permita dictar actos obligatorios o intervenir en la formación de ellos y que produzcan efectos jurídicos, sea necesaria una reforma del artículo 17 del Tratado andino para que también puedan ser sus actos materia de la acción de nulidad, tal como pasó en las Comunidades Europeas con el Parlamento Europeo el cual originalmente no podía dictar actos susceptibles de un recurso de anulación y hoy ello es posible porque, según el artículo 230 TCE, sus actos son controlables jurisdiccionalmente, luego de que el Tribunal de Justicia durante varios años aceptó jurisprudencialmente su control. Todo ello por la indudable importancia que ha adquirido este órgano principal en la formación del derecho comunitario, lo que ha sido definitivamente reconocido en el Tratado de Amsterdam de 1997, pero que no ha ocurrido en el ámbito andino con el órgano homólogo.

En todo caso, la tendencia parece ser, independientemente del criterio orgánico y formal que rige en la actualidad a la acción de nulidad en la Comunidad Andina de conformidad con el Tratado del Tribunal, que sean susceptibles de anulación todos los actos comunitarios que produzcan efectos jurídicos tal como se acepta en la Comunidad Europea y que la acción de nulidad se pueda ejercer contra cualquiera de las disposiciones que adopten los órganos principales, independientemente de la naturaleza o la forma, sólo con el requisito de que estén destinadas a producir efectos jurídicos. Es muy probable que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia andino, quizás influida por la del Tribunal europeo, amplíe progresivamente las clases de actos impugnables por la vía de la acción de nulidad, con el objeto de proteger jurisdiccionalmente en forma más completa y efectiva a los administrados, como sucede en todos los sistemas jurisdiccionales contencioso-administrativos, en los que la regla es el control y la excepción especialísima lo contrario por razones de interés general. Así, el Tribunal deberá tener en cuenta, como ya lo ha hecho en alguna sentencia²³⁹, el contenido material del acto y si

²³⁸ De acuerdo con el actual artículo 230 TCE, el Tribunal de Justicia europeo está facultado para revisar la legalidad de los actos obligatorios del Consejo y la Comisión. Contra las decisiones del Tribunal, las acciones judiciales solamente pueden ser hechas como resultado de la revisión. En 1977, el Tribunal de Justicia sostuvo que el entonces artículo 173 TCE no confería el derecho al Tribunal de revisar otros actos que no fueran del Consejo o la Comisión, por lo que parecía excluir, como dicen Schermers y Waelbroeck, la posibilidad de acciones judiciales contra las decisiones del Parlamento Europeo. En ese momento, el Parlamento Europeo no podía tomar decisiones obligatorias, más que las concernientes a su propio personal para lo cual se hizo un régimen especial. Esta situación cambió con los dos tratados presupuestarios de 1970 y 1975 y la disputa entre el Parlamento Europeo y el Consejo sobre la legalidad del presupuesto de 1979 que demostró la necesidad de una revisión judicial. Sin embargo, esta situación no se presenta en la realidad andina donde el Parlamento Andino no tiene ninguna facultad para dictar normas obligatorias, por lo que la restricción del artículo 17 TTA es irrelevante (véase SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, pp. 199-200).

²³⁹ Por ejemplo, en la sentencia TJCA, proceso 1-AN-96, de 16 de abril de 1997, GOAC N° 266 de 20 de mayo de 1997, el Tribunal conoció de la acción de nulidad de un Acuerdo de la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena porque su naturaleza intrínseca era de una Resolución.

de éste se derivan efectos jurídicos vinculantes para los sujetos del ordenamiento jurídico, lo considerará susceptible de la acción de nulidad con independencia de su denominación formal²⁴⁰.

Ahora bien, cuando se trata de actos que en criterio del Tribunal no tienen efectos jurídicos, la tendencia parece ser otra, aun cuando pongan fin a la vía administrativa, que en cualquier sistema contencioso-administrativo serían impugnables. Es lo que ha sucedido recientemente con los dictámenes de incumplimiento, los que el Tribunal de Justicia andino, tomando como modelo la jurisprudencia europea, ha considerado que no son impugnables por la acción de nulidad establecida en el artículo 17 TTA, pese a emitirse bajo la forma de Resoluciones que según este último precepto son impugnables por esta vía.

En efecto, según el Tribunal andino, "tales dictámenes, emitidos dentro del procedimiento establecido para adelantar la acción de incumplimiento, no son otra cosa que opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial". Dice el Tribunal que "[a]unque no obligan ni son vinculantes con respecto a la decisión del juez comunitario, deben ser emitidos como una obligación de la Secretaría General y como un requisito sin el cual, la acción por lo general, no puede ser establecida"²⁴¹.

En otra parte de la sentencia el Tribunal andino expresa que en el derecho comunitario andino y concretamente en la regulación que hace de la acción de incumplimiento el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia "aparece nítidamente marcada esta característica de acto preparatorio o acto intermedio de los dictámenes que emite la Secretaría General". Según el Tribunal, "[a]sí ellos se plasmen en una resolución, son actos que no ponen fin a una actuación administrativa ni hacen imposible su continuación, ni tampoco contienen una manifestación de voluntad del organismo emisor, razón ésta que los asemeja más a los actos preparatorios o actos intermedios, que por definición no son susceptibles de discusión judicial independiente"²⁴².

Continúa el Tribunal diciendo que aplicados los anteriores criterios, "resulta claro para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no

²⁴⁰ En general se puede decir en Europa que el Tribunal revisa la legalidad de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo, y los del Parlamento Europeo cuando actúe conjuntamente con el Consejo, siempre que no sean recomendaciones o dictámenes. Los demás actos no son revisables por la justicia. En orden de calificar como un acto revisable es importante que éste tenga efectos jurídicos de una naturaleza tal que afecte los intereses del solicitante, modificando su posición jurídica (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, pp. 148-149). En similar sentido HARTLEY, *ob. cit.*, p. 358.

²⁴¹ Sentencia TJCA, proceso 24-AN-99, de 2 de febrero de 2000 (consultada en original).

¹³⁸ Sentencia TJCA, proceso 24-AN-99, de 2 de febrero de 2000 (consultada en original).

son susceptibles de acciones de nulidad tendientes a que el juez comunitario defina acerca de su legalidad, toda vez que tanto por su naturaleza como por los objetivos que persigue dicho instituto jurídico, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile". Según el órgano judicial andino, "El País Miembro afectado por el dictamen de incumplimiento, o en su caso el particular interesado, tienen siempre la oportunidad procesal de discutir, cuestionar y oponerse al dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General, alegando ante el Tribunal dentro del proceso que se adelante con ocasión de la acción de incumplimiento tanto inconformidades por razones de forma como por motivos materiales o de fondo"²⁴³.

Lo contradictorio del asunto es que en la misma sentencia el Tribunal ha dicho, citando jurisprudencia propia, que el procedimiento que se lleva a cabo ante la Secretaría General es un presupuesto procesal de la acción de incumplimiento, del que son parte unos "actos prejudiciales semejantes a los que constituyen el "agotamiento de la vía gubernativa" en los ordenamientos jurídicos nacionales". Pues bien, si el procedimiento que se realiza en la Secretaría General constituye, en palabras del propio Tribunal, "el agotamiento de la vía gubernativa" de la acción de incumplimiento, no entendemos como el producto final de la misma no puede ser impugnado ante el órgano jurisdiccional comunitario, que es lo que normalmente ocurre en los sistemas contencioso-administrativos por ser actos definitivos que ponen fin a la vía administrativa, con efectos jurídicos hacia terceros (en este caso los países miembros y los particulares involucrados en el incumplimiento), siendo como es la última palabra de la Administración comunitaria en el caso sometido a su consideración.

No creemos que el razonamiento del Tribunal de Justicia andino para excluir a los dictámenes de incumplimiento de la revisión del sistema jurisdiccional por la vía de la acción de nulidad sea correcto. Ello porque, como dice él mismo, la acción de incumplimiento no es una vía judicial apta para revisar la legalidad de la actuación de la Secretaría General²⁴⁴ ya que con ella lo que se busca es que el

²⁴³ Sentencia TJCA, proceso 24-AN-99, de 2 de febrero de 2000 (consultada en página web de la Comunidad Andina (www.comunidadandina.org)).

²⁴⁴ De hecho así se dejó establecido en sentencia TJCA, proceso 46-AI-99, de 5 de julio de 2000 (consultada en página web de la Comunidad Andina (www.comunidadandina.org)) en la que el Tribunal ratificó la inimpugnabilidad por la vía del recurso de anulación de los dictámenes de incumplimiento proferidos por la Secretaría General basado en que "el dictamen de incumplimiento, conforme se desprende de las normas del Tratado de Creación de este Tribunal, constituye un presupuesto procesal para iniciar una acción de incumplimiento y su finalidad no es otra que formalizar la posición de la Secretaría General en torno a una conducta contraventora del ordenamiento jurídico comunitario por parte de un País Miembro, con la finalidad de requerirle a éste que ponga fin al incumplimiento, y así evitar una fase contenciosa ante el Tribunal". Pero, pese a las anteriores afirmaciones del Tribunal andino, al mismo tiempo este órgano judicial dejó expresado en la aludida sentencia que "[l]as impugnaciones que un País Miembro –demandado en un proceso de incumplimiento– pudiere efectuar respecto de las consideraciones o motivos que la Secretaría General haya formulado en el Dictamen, únicamente pueden ser valoradas por el

Tribunal determine si hay o no los presupuestos fácticos para declarar un incumplimiento, sin entrar en la legalidad de las actuaciones de la Secretaría General sino del Estado miembro acusado. Creemos que para que el Tribunal pueda revisar la legalidad de los dictámenes de incumplimiento dentro de la propia acción de incumplimiento es necesaria una reforma del Tratado porque en la situación actual ello no puede hacerse sin perjudicar la naturaleza de la acción de incumplimiento, o convertir de una vez por todas, como lo pretende a fin de cuentas en su sentencia el Tribunal, a la fase administrativa ante la Secretaría General de esta acción en una etapa de mera conciliación, en la que no se produzcan actos administrativos, lo que no ocurre en la actualidad.

Tememos que con una sentencia como la comentada puede suceder que la parte administrativa de la acción de incumplimiento pierda la importancia que ha tenido hasta ahora y que el Tratado del Tribunal quiso darle, por lo que podría suceder que la Secretaría General declare incumplimientos sin haber dado los derechos respectivos a los terceros involucrados o sin haber cumplido el procedimiento establecido, o que simplemente no haya tratado de solucionar el conflicto como la obliga el Tratado (art. 24 TTA), y sin embargo, declare el incumplimiento y el país miembro acusado o el particular perjudicado no tenga la posibilidad de atacar tal actitud.

Por otra parte, no consideramos totalmente aplicable a la acción de incumplimiento andina la jurisprudencia europea ya que el artículo 230 TCE expresamente excluye del recurso de anulación a "las recomendaciones o dictámenes", lo que no ocurre en el Tratado del Tribunal andino, que aplica un criterio orgánico y formal para determinar la materia de la acción de nulidad como ya vimos, dentro de

Tribunal dentro de la respectiva acción de incumplimiento, pero no a los fines de declarar la anulación o la invalidez de ese acto jurídico comunitario, sino con el objetivo de constatar y declarar con autoridad de cosa juzgada el demandado –y previamente dictaminado- incumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento andino a los Países Miembros".

Es tan contradictoria la posición del Tribunal andino sobre la inimpugnabilidad de los dictámenes de incumplimiento a través de la acción de nulidad que, además de haber sostenido lo contrario durante varios años por jurisprudencia constante y pacífica suficientemente sustentada, considera que este tipo de dictámenes, "aunque se asemeja a una decisión motivada, no es materialmente una Resolución, y, por tanto, no forma parte de las consagradas como tales en el artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", pero sí lo son, aunque son prácticamente iguales y tienen la misma naturaleza jurídica, los actos de determinación de una medida adoptada por un Estado miembro como restricción al comercio, que "se materializa en una Resolución impugnante mediante recurso de anulación" (véase sentencia TJCA, proceso 02-AN-98, de 2 de junio de 2000, p. 28 (consultada en www.comunidadandina.org). Se trata de dos procedimientos –los de incumplimiento y los de determinación de restricciones o gravámenes- que dan lugar a actos muy similares por parte de la Secretaría General por los efectos jurídicos de carácter definitivo que tienen en el Estado miembro incumplidor, porque al fin y al cabo en ambos procedimientos de lo que se trata es de establecer el incumplimiento del derecho andino por un país miembro. Sin embargo, en los primeros los actos que produce la Secretaría General no son impugnables en nulidad y los segundos sí está abierta esa vía en criterio del Tribunal. Para el Tribunal, sin decir cuáles, "[l]os dictámenes de incumplimiento (...) obedecen a otra filosofía, persiguen otros objetivos y cumplen una función específica dentro del procedimiento jurisdiccional que tiende a definir si un País Miembro ha incurrido en un incumplimiento que deba ser judicialmente sancionado" (véase sentencia TJCA, proceso 12-AN-99, de 24 de septiembre de 1999 (caso CORPEI), GOAC No. 520 de 20 de diciembre de 1999).

los que pueden entrar los dictámenes de incumplimiento al ser emitidos por la Secretaría General bajo la forma de Resoluciones.

Igualmente, en Europa la actitud de la Comisión Europea en la fase administrativa de la acción de incumplimiento es más de solución política del asunto que de comportarse como un "juez administrativo" como está previsto para la Secretaría General en el Tratado del Tribunal andino, donde inclusive ésta tiene la obligación de acudir al Tribunal en todos los casos si declara el incumplimiento, lo que en Europa queda a discrecionalidad del órgano ejecutivo, el cual ni siquiera tiene la obligación de pronunciarse sobre una solicitud de apertura de procedimiento de incumplimiento y esto se considera que no puede ser atacado ni siquiera por el recurso por omisión, situación ésta que no es igual en la Comunidad Andina en donde la Secretaría General tiene poco margen de maniobra o discrecionalidad en un procedimiento administrativo de incumplimiento.

Por otro lado, en el sistema jurisdiccional andino el acceso de los particulares es mucho más desarrollado que en el europeo ya que las personas naturales o jurídicas pueden intentar directamente la acción de incumplimiento, tanto a nivel de la Secretaría General como ante el Tribunal de Justicia, de manera que el dictamen de incumplimiento tiene más importancia y afecta más derechos subjetivos o intereses legítimos. En la Comunidad Andina los efectos jurídicos de los dictámenes de incumplimiento andinos son mayores que los europeos, por lo que la exclusión de los mismos del control judicial de nulidad y de omisión deja huérfanos a los particulares frente a la Administración comunitaria, cuando en los sistemas contencioso-administrativos modernos la tendencia es justamente la contraria: permitir el mayor control judicial posible para salvaguardar los derechos ciudadanos frente a la omnipresencia y poder de la Administración.

2.1.2. Los motivos de impugnación

El control de constitucionalidad y legalidad del Tribunal de Justicia a través de la acción de nulidad sólo puede versar sobre la violación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, "incluso por desviación de poder".

Se trata de motivos de impugnación importados del sistema contencioso-administrativo francés ya que bajo esa expresión "violación del ordenamiento jurídico de la Comunidad", se incluyen varios provenientes de aquel sistema como incompetencia, vicios sustanciales de forma y la propia desviación de poder que menciona el artículo 17 TTA, pero que son comunes al control de constitucionalidad y de legalidad comunitaria, lo que no obsta para que el Tribunal andino, como hace el de las Comunidades

Europeas, partiendo de tal identidad, haya ido introduciendo matizaciones a la hora de su concreta aplicación según el tipo de control ejercitado²⁴⁵.

Para el profesor Andueza, la expresión "violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" "está utilizada en sentido amplio²⁴⁶ ya que ella comprende cualquier irregularidad de que adolezca el acto del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina o de la Secretaría General, y se agrega "incluso por desviación de poder", opinamos nosotros, como dando la idea de que es un control que puede ser tan amplio que puede llegar hasta un vicio tan sutil y difícil de determinar como éste²⁴⁷.

Ciertamente, se trata de unos motivos de impugnación redactados en términos bastante amplios que, por un lado, cubre los supuestos de ilegalidad y, por otro, el posible solapamiento entre los posibles vicios, lo que hace la adscripción a uno determinado no sólo se hace innecesaria sino imposible. Por eso, una expresión como la anotada del Tratado andino reconduce toda una serie de vicios de ilegalidad o constitucionalidad posibles sin necesidad de mencionar cada uno de ellos como quiso hacer el tratado de la Comunidad Europea en el artículo 230 TCE.

El control judicial comunitario en la acción de nulidad se extiende a la comprobación de la regularidad jurídica del acto recurrido, la cual abarca el control de la constitucionalidad o legalidad formal para determinar si el acto recurrido ha sido dictado por los órganos correspondientes en ejercicio de sus competencias específicas y si lo ha sido de acuerdo con las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Así, este control judicial formal corresponde a los motivos de impugnación por incompetencia y por vicios de forma²⁴⁸, que también en el Tratado de la

²⁴⁵ Al respecto véase ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 362-363.

²⁴⁶ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 86.

²⁴⁷ Similar situación sucede en el Tratado de la Comunidad Europea en el que, pese a haber la enumeración de una serie de vicios que son susceptibles de ser atacados a través del recurso de anulación, sin embargo, en la realidad, como lo dicen Schermers y Waelbroeck, estos aspectos de ilegalidad han gradualmente perdido su importancia individual ya que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia, puede ser suficiente para intentar los procedimientos que se exprese en términos sustanciales la ilegalidad existente, más que establecer su clasificación en la enumeración del artículo 230 TCE, pero que queden suficientemente claros en la solicitud cuáles son los aspectos del Tratado que han sido invocados como violados. Recientes procedimientos de anulación indican también que el Tribunal no debe estar pendiente del específico aspecto de ilegalidad según la clasificación del artículo 230 TCE, sino que muchas de las causas de este tipo van encabezadas con la expresión de "violaciones del Tratado o de cualquier regla relativa a su aplicación". Sin embargo, para Schermers y Waelbroeck, es útil discutir cada uno de los cinco motivos de ilegalidad y las maneras como pueden ser desarrollados, en particular desde que este desarrollo indica como el Tribunal ha clarificado la distinción entre actos legales y actos ilegales (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, pp. 173-174).

²⁴⁸ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 86.

Comunidad Europea aparecen como vicios susceptibles de causar la nulidad de un acto comunitario (artículo 230)²⁴⁹.

También el control judicial comunitario abarca el control de constitucionalidad y legalidad material del acto, es decir, el control del contenido del mismo en el sentido de que debe coincidir con el señalado en la norma jurídica atributiva de competencia. Con este control judicial material el Tribunal de Justicia examina la interpretación dada por el órgano comunitario, comprueba la existencia de los hechos tenidos por ciertos y la calificación jurídica de esos mismos hechos. Es decir, se controla si los órganos comunitarios competentes incurren en error de derecho cuando interpretan mal el derecho y si incurren en error de hecho si dan por probado hechos inexistentes o los aprecian erróneamente. El control sobre los errores de hecho y de derecho es lo que tradicionalmente se ha considerado como violación de la ley en el derecho contencioso-administrativo²⁵⁰.

Ricardo Alonso García prefiere hablar de vicios de fondo y de forma, "completados con los de incompetencia –que convierte el acto en ilegal, en principio, por el mero hecho de su adopción- y la desviación de poder –que implica ilegalidad derivada de una utilización del Derecho con una finalidad a la que no está destinado". Y agrega este autor que "[e]n la medida en que considero como vicio de fondo cualquier violación del ordenamiento jurídico comunitario desde una perspectiva material, no tiene sentido entrar en su análisis al depender éste del contenido del acto impugnado y del que sirve de parámetro de validez, sobre la base de los principios que rigen el sistema comunitario de fuentes"²⁵¹.

Para algunos autores, el control que el Tribunal ejerce sobre la competencia, los vicios de forma y los errores de hecho y de derecho es un control objetivo ya que su competencia se limita a comprobar si entre el acto recurrido y la norma que se denuncia infringida existe alguna contradicción lógica. Pero el Tribunal tiene, por disposición expresa del Tratado, competencia para examinar la

²⁴⁹ Como lo dice Hartley, los vicios de nulidad del actual artículo 230 TCE provienen del derecho administrativo francés, pero esto no significa, sin embargo, que necesariamente deberán ser aplicados de la misma manera en el derecho comunitario como si fuera el derecho francés. Las tradiciones legales de todos los Estados miembros, así como las circunstancias especiales de la Comunidad, serán tomadas en cuenta por el Tribunal de Justicia. También debe notarse que estos motivos de ilegalidad son amplios y cubren casi toda la posible ilegalidad. Ellos pueden inclusive solaparse unos con otros en considerable medida. De hecho, según Hartley, si el tercer motivo (violación del Tratado o cualquier norma relativa a su aplicación) es interpretada con suficiente extensión, esta puede cubrir todas las otras tres. Consideraciones especiales aplica donde una medida es atacada en aspectos procesales o por desviación de poder. Más allá de eso, no es muy importante para Hartley qué motivo formal es aplicable. Por esta razón, el Tribunal de Justicia europeo normalmente no establece cuál de los cuatro motivos formales de ilegalidad está envuelto cuando anula una medida. No obstante, una palabra global deberá ser dicha sobre cada uno de ellos (HARTLEY, *ob. cit.*, p. 427).

²⁵⁰ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 86.

²⁵¹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 363.

intención con que se dicta el acto recurrido, es decir, si hubo o no desviación de poder. En la desviación de poder no hay error de ningún tipo sino una intención ilegal cuando el órgano comunitario competente se han propuesto alcanzar, con el acto recurrido, una finalidad distinta a la que le atribuye la norma. En el caso de la desviación de poder, el Tribunal ejerce un control subjetivo²⁵² sobre la legalidad²⁵³.

Ciertamente, aunque los actos comunitarios andinos susceptibles de ser impugnados por una acción de nulidad no son solamente los administrativos sino que también los normativos, ningún capítulo del derecho procesal andino expresa mejor el origen del derecho contencioso-administrativo que el referido a los motivos de impugnación de esta acción judicial. Como dijimos antes, el contencioso-administrativo francés, "preocupado más de impartir justicia que de teorizar", se abstuvo de producir una teoría de las nulidades por vía de elaboración teórico-deductiva, prefiriendo confeccionarla de una manera inductiva al desprender de las soluciones jurisprudenciales los motivos de impugnación, los cuales fueron surgiendo en Francia cronológicamente de la siguiente manera: primero, la incompetencia, luego el vicio de forma y en último lugar, la llamada desviación de poder. A otros motivos distintos de estos tres que tienen que ver con el sujeto, la forma y el fin del acto administrativo, los conectados con el objeto y la causa del mismo, se les encerró entonces casi por inercia en una cuarta categoría de vicio con el nombre de violación de ley, como si las tres precedentes no merecieran tal calificación jurídica²⁵⁴.

Por esta fuerte vinculación entre los motivos de impugnación de la acción de nulidad con el contencioso-administrativo es porque la fuente de nuestro estudio sobre los mismos es básicamente el derecho administrativo y a él nos ciñeremos principalmente para estudiar cada uno de los vicios que pueden dar lugar a una acción de nulidad, lo que no quiere decir que tales aspectos no sean aplicables al control sobre los actos normativos, aunque con algunas matizaciones, como dijimos antes, por sus diferencias respecto a los actos administrativos.

Así las cosas, la competencia para realizar el control judicial sobre los actos comunitarios es plena "y permite el examen total de los actos impugnados, a modo similar a como se procede en el contencioso de anulación.

²⁵² Hartley separa la desviación de poder de los demás motivos de ilegalidad porque este involucra factores subjetivos. Es más, para él es el único motivo que puede ser invocado cuando un solicitante no privilegiado ataca una decisión general o una recomendación bajo el artículo 33 TCECA (HARTLEY, *ob. cit.*, p. 427).

²⁵³ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 87.

²⁵⁴ FARIAS MATA, Luis Henrique, "Los recursos de anulación e incumplimiento en el derecho comunitario andino", *Seminario sobre Integración Andina*, Caracas, 26 al 28 de marzo de 1985 (ponencia consultada en original). El autor es actualmente Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y fue Magistrado de la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia venezolana.

Para Juan Manuel De Faramiñan Gilbert, refiriéndose al recurso de nulidad europeo, éste "es un recurso que se entabla contra una institución comunitaria que ha violado este ordenamiento, y también contra el acto mismo que en su ilegalidad violenta el orden jurídico comunitario, sirviendo por otra parte de instrumento de protección de los derechos de los demandantes" y luego agrega: "Las causas que se recogen en los Tratados constitutivos son, <incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o cualquier norma relativa a su ejecución o desviación de poder>". Y continúa diciendo que "[s]iendo la violación del Tratado, una causa general que subsume a las otras tres, ello no quita que cada uno de los otros motivos de anulación presenten sus particularidades"²⁵⁵.

Para García de Enterría y Fernández Rodríguez, la forma general de establecer el ilícito de un acto, refiriéndose a los administrativos, lo que resulta aplicable a los normativos, es "[c]ualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder", la cual, en criterio de estos autores, es "comprensiva de cualquier modalidad de infracción jurídica"²⁵⁶.

En virtud de lo anterior pueden considerarse como motivos de impugnación en la acción de nulidad, tal como en las Comunidades Europeas, a la incompetencia, los vicios sustanciales de forma, la falta de motivación y la desviación de poder, todos los cuales pueden englobarse en la expresión general "violación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" utilizada por el artículo 17 TTA como hemos dicho.

Estudiemos entonces de seguidas cada uno de los vicios que según la doctrina más dominante, básicamente la derivada del derecho administrativo, son los que pueden dar lugar a una acción de nulidad en el sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina, en concreto contra un acto administrativo, sin querer decir esto que no se produzcan en el derecho comunitario andino otro tipo de actos como los normativos, que ciertamente tienen una naturaleza diferente, pero que cuya doctrina sobre los motivos de impugnación se ha relacionado en gran medida con las consideraciones que haremos a continuación sobre los vicios de los actos administrativos y de hecho la acción de nulidad como tal es importada del sistema contencioso-administrativo francés como hemos dicho.

²⁵⁵ DE FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel, "El control de la legalidad comunitaria: el recurso de nulidad y el recurso por omisión", *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Cívitas, Madrid, 1993, pp. 454-459.

²⁵⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón Fernández Rodríguez., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, Tomo I, p. 617.

2.1.2.1. La incompetencia

La incompetencia es un vicio de nulidad en general de los actos comunitarios, normativos o administrativos, que se origina en la falta de facultad del órgano que lo dicta para hacerlo²⁵⁷. Está basada su existencia en el principio de la legalidad según el cual el Poder Público, en este caso, el comunitario, no puede ejercer sino las atribuciones que estén expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, de manera que aquellas funciones que no estén conformes con éste no pueden ser ejercidas por los órganos de la Comunidad, de tal forma que los actos producidos en esta última situación serán nulos y dependiendo de lo que prevea la propia normativa comunitaria o la doctrina, si aquélla no aparece y de acuerdo con cada caso concreto, esta nulidad será absoluta o relativa, lo cual lo dirá la gravedad, evidencia y trascendencia de la incompetencia detectada y dependiendo de esto afectará al acto comunitario examinado²⁵⁸.

Aunque la competencia toca aspectos fundamentales, este motivo de ilegalidad, según Hartley, es raramente invocado en el ámbito comunitario europeo²⁵⁹ porque es difícil –excepto, quizás, en casos de delegación- establecer que la autoridad actuante es incompetente. El Tribunal de Justicia europeo ha dado, según este autor, una interpretación muy amplia para repotenciar las previsiones de los Tratados; la teoría de los poderes implícitos²⁶⁰ también extiende la competencia del Consejo y de la

²⁵⁷ Según Schermers y Waelbroeck, las instituciones de las Comunidades no tienen competencia general como en el caso de los gobiernos nacionales. Ellas pueden actuar solamente en aquellos campos donde los Tratados expresamente le han atribuido competencias. Aunque uno puede asumir que el Tribunal de Justicia no será sobre-estricto en su interpretación de las previsiones atributivas de poderes al Consejo y a la Comisión si la resultante limitación o división de poderes restringe seriamente el alcance del procedimiento de toma de decisiones. Schermers y Waelbroeck dicen que "Competence will be lacking when the Council or the Commission acts in a field not covered by the Treaties or when either acts in a field expressly reserved to the other" (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 174).

²⁵⁸ Sentencia Sala Político Administrativa (SPA) de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela (CSJ), de 14 de mayo de 1985, caso Freddy Martín Rojas Pérez vs. Ministerio de Educación de la República de Venezuela, Gaceta Forense (GF) N° 128, Vol. I, 1985, pp. 299-318 (BREWER-CARIAS y Ortiz-Alvarez, *ob. cit.*, p. 618).

²⁵⁹ En lo mismo se coincide en ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 363.

²⁶⁰ No todos los poderes de las Comunidades están expresamente enumerados en los Tratados. Muchas facultades son derivadas de lo que impliquen otras. El poder para establecer la unión aduanera, por ejemplo, implica la facultad de clasificar los productos en particulares categorías y el poder para hacer las normas que gobiernen su control. El Tribunal de Justicia ha considerado que sin tener el recurso a una interpretación amplia, es posible aplicar una regla de interpretación generalmente aceptada, tanto en derecho internacional como en derecho nacional, de acuerdo con la cual las normas establecidas por un tratado internacional o una ley presuponen las normas sin las cuales ese tratado o derecho no tendrían significado o no podrían ser razonablemente y útilmente aplicados (sentencia TJCE, caso *Fedechar* (8/55), de 29 de noviembre de 1956, [1954-1956], ECR 299).

Comisión. En el tope de esto, el artículo 235 TCE (hoy 308 TCE) es de tan amplio alcance que, excepto en los casos totalmente fuera del ámbito del Tratado, hacen casi siempre posible encontrar una base legal para un acto del Consejo²⁶¹.

Hartley considera que el más común reclamo es que el acto fue adoptado bajo una facultad equivocada, que es lo mismo como decir que el Consejo y la Comisión tenían el poder para adoptarlo bajo una previsión, pero actuó por otra. El Tribunal de Justicia anulará la medida si la utilización de la previsión equivocada tiene consecuencias significativas –por ejemplo si la previsión requiere unanimidad mientras que la correcta exige voto mayoritario calificado-. Si no hay tales consecuencias, la medida no será anulada. En casos de esta clase, el motivo formal de revisión no suele ser la incompetencia, desde que la institución en cuestión tiene el poder para adoptar la medida, sino infracción de los requisitos procedimentales esenciales. Sin embargo, resulta curioso que la adopción de una medida por unanimidad, en lugar de una mayoría calificada, deba constituir tal infracción, donde el voto unánime necesariamente constituye una mayoría²⁶².

Tal como lo expresan los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez, refiriéndose al derecho administrativo²⁶³, "[e]l principio de legalidad de la Administración (...) se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente". Y continúan diciendo: "La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la

Para Schermers y Waelbroeck, la aceptación por el Tribunal de Justicia de la teoría de los poderes implícitos no acaba con el problema, el cual concierne principalmente a la extensión de las facultades más que el hecho de su existencia. Bajo la más amplia teoría de interpretación, la atribución de un objetivo específico en los artículos iniciales de los Tratados implicarían el otorgamiento de todos los poderes necesarios para completar ese objetivo. La aceptación de esta teoría significaría que las Comunidades están en la misma posición que los gobiernos nacionales que son los competentes para ejercer todos los poderes que benefician el interés general.

Según Schermers y Waelbroeck, las normas y limitaciones expresadas a través de los Tratados claramente indican que tal extensión de los poderes implícitos no fue su intención. Sin embargo, límites fijos tampoco pueden ser aceptados. Lo que debe ser aceptado es que cuando las circunstancias cambien con los años y las previsiones específicas de los Tratados se desactualicen, entonces los artículos generales del principio de los Tratados asumirán importancia y el recurso a los poderes implícitos se incrementará en forma aceptable (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, pp. 178-180).

²⁶¹ HARTLEY, *ob. cit.*, p. 428.

²⁶² HARTLEY, *ob. cit.*, p. 428.

²⁶³ La organización comunitaria andina no solamente emite actos administrativos y no todo el aparato orgánico se puede catalogar Administración sino que de los órganos andinos también dictan actos normativos, ya sea de naturaleza legislativa y de naturaleza reglamentaria, y tales órganos no solamente ejercen funciones en las que se comportan como Administración sino también como legislador o como reglamentista, de manera que de la organización comunitaria andina no solamente emana derecho administrativo.

Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente²⁸⁴.

Así las cosas, la doctrina tradicional de derecho administrativo dice que la nulidad absoluta, en contraste con la llamada nulidad relativa o anulabilidad, reviste los caracteres de una excepción de derecho y no desaparece con el transcurso del tiempo ni por ningún acto de confirmación, ratificación o ejecución voluntaria "porque la inexistencia es la nada, el no ser, sobre lo cual no cabe ninguna posibilidad humana de crear algo", pero ella debe ser objeto de una declaración "porque siempre existirá una apariencia que es necesario destruir"²⁸⁵. En pocas palabras, en el caso de los actos calificados como nulos, desde el punto de vista del derecho administrativo éstos son inválidos o ineptos, jurídicamente, de producir efectos, que no podrían producirlos jamás y ello no obstante la presunción de validez y la efectividad de los actos administrativos.

En sentido similar se manifiesta Garrido Falla, otro reconocido administrativista, para quien no es correcto hablar de la categoría de acto inexistente, además de la nulidad y la anulabilidad y "antes de admitir tal categoría resulta más correcto hablar de <inexistencia del acto>" y cita como ejemplo de que no hay acto administrativo "cuando nos enfrentamos con un acto de un particular, con una sentencia de un Tribunal o con una ley votada por las Cortes". Más adelante expresa este autor que la teoría de la invalidez de los actos administrativos "se agota en el estudio de dos categorías jurídicas: nulidad absoluta y anulabilidad" y la hipótesis de la inexistencia, "o está pensando en supuestos en que realmente no hay acto administrativo (en cuyo caso resulta absurdo hablar de acto viciado) o presupone al menos la existencia material de un aparente acto administrativo, en cuyo caso el tratamiento jurídico del mismo no tiene por qué diferenciarse de la nulidad absoluta"²⁸⁶.

Para el profesor Garrido, en los actos administrativos "la única justificación que admite la separación entre nulidad absoluta y anulabilidad, está en las diversas consecuencias jurídicas que tengan una y otra" y son en su criterio:

1o) La nulidad absoluta puede alegarse en cualquier tiempo. Así, por el particular, aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de formalmente firme, por haber transcurrido los plazos para recurrir contra el mismo sin que ningún recurso haya sido utilizado; y por la Administración, desconociendo las situaciones jurídicas creadas al amparo de dicho acto e incluso

²⁸⁴ GARCIA DE ENTERRIA y Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, p. 431.

²⁸⁵ Sentencia SPA-CSJ de 26 de julio de 1984, proceso Despachos Los Teques, C.A., GF N° 125, Vol. I, 1984, pp. 330-358 (BREWER-CARIAS y Ortiz Alvarez, *ob. cit.*, pp.614-615).

²⁸⁶ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Volumen I (Duodécima edición), Madrid, 1994, pp. 446-447.

revocándolo, sin necesidad de recurrir al proceso de lesividad, aunque de él se hayan derivado derechos a favor de tercero.

2o) Los efectos de la anulación de los actos anulables son *ex nunc*, es decir, se producen a partir del momento en que el organismo competente la dicta. En cambio, la nulidad absoluta produce sus efectos *ex tunc*, es decir, retrotraídos al momento en que se dictó el acto²⁶⁷.

Ahora bien, en el derecho administrativo últimamente se ha abierto una corriente según la cual debe revisarse esta distinción entre nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho y anulabilidad o nulidad relativa ya que las diferencias entre ellas, si bien pueden comprenderse en el derecho civil, "donde son aceptablemente claros y tienen un régimen jurídico preciso", en el derecho administrativo no son tales o por lo menos no tienen la trascendencia que quiere dársele y por ello, "cuando esta circunstancia se pasa por alto, el sistema rompe en pedazos y ya nada puede entenderse"²⁶⁸.

Para la doctrina tradicional de derecho administrativo un acto es nulo, como dicen García de Enterría y Fernández Rodríguez, con nulidad absoluta o de pleno derecho, "cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece *ab initio* de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación". Este supuesto máximo de invalidez o ineficacia "comporta una serie de consecuencias características: ineficacia inmediata, *ipso iure*, del acto, carácter general o *erga omnes* de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción"²⁶⁹.

Pero aún los actos administrativos absolutamente nulos son ejecutables y los recursos intentados en su contra no tienen carácter suspensivo porque es necesario, como ya se ha dicho, que el acto nulo absolutamente sea declarado como tal. Sin embargo, no adquieren firmeza puesto que la Administración, de oficio o mediante la respectiva solicitud de parte interesada, puede, en cualquier tiempo, declararlos o reconocerlos como nulos de nulidad absoluta. De manera que al no ser firmes, los derechos que pueden crear o constituir no son intangibles y como tal, pueden ser revocados por la propia Administración²⁷⁰.

La anulabilidad o nulidad relativa tiene en el derecho administrativo, por el contrario, como también apuntan García de Enterría y Fernández Rodríguez, unos efectos mucho más limitados y su

²⁶⁷ GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pp. 446-447.

²⁶⁸ BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1994, pp. 12-13 (contiene excelente "Estudio Preliminar" elaborado por el profesor Alejandro Nieto, de donde se han extraído las expresiones arriba citadas)

²⁶⁹ GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, p. 586.

²⁷⁰ Sentencia SPA-CSJ de 14 de agosto de 1991, Revista de Derecho Público N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 112-114 (BREWER-CARIAS y Ortiz Alvarez, *ob. cit.*, pp.637-638).

régimen propio viene delimitado por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica. De acuerdo con estos presupuestos, el o los afectados por un acto administrativo anulable, y sólo ellos, pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, si no se produce reacción, "el acto sana y el vicio de nulidad queda purgado". El inejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto sanatorio. Por otra parte, el vicio es convalidable por el autor del acto aun antes de que transcurra ese plazo o se preste ese consentimiento, sin más que subsanar la infracción legal cometida²⁷¹.

Ahora bien, para Alejandro Nieto, uno de los que plantean una nueva concepción de la nulidad en el derecho administrativo como anotamos antes, "[m]irando la cuestión sin prejuicios dogmáticos, resultan las cosas más sencillas de lo que suele decirse y, desde luego, se descubre la inaplicación de las solemnes notas que tradicionalmente se atribuyen a las nulidades"²⁷².

En este punto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha elaborado, como también apunta Alejandro Nieto, "una doctrina tan simple como eficaz: las ilegalidades trascendentes (...) de un acto pueden tener -según sea su intensidad- una de estas consecuencias: o su inexistencia o su anulabilidad". Continúa diciendo Nieto "que esta <inexistencia> equivale a nuestra <nulidad de pleno derecho>, pero el acto, cabalmente por no haber existido nunca, no puede producir efectos legítimos en ningún momento"²⁷³.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 27 de febrero de 1992 ha establecido la doctrina del mismo en este punto en los siguientes términos: "el Juez comunitario, inspirándose en principios establecidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, declara inexistentes los actos afectados por vicios particularmente graves y evidentes. Este medio es de orden público y

²⁷¹ GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 586-587.

²⁷² Interesante resulta la demostración que hace Alejandro Nieto en el Estudio Preliminar antes citado (BELADIEZ, *ob. cit.*, p. 13) de que la dicotomía nulidad-anulabilidad "tiene mucha menor trascendencia que la que podría esperarse de la enfática dicotomía que se viene predicando". En este sentido expresa Nieto que la dicotomía nulidad-anulabilidad se caracteriza en el derecho administrativo fundamentalmente por lo siguiente: "a) En ambos supuestos, la invalidez no es automática, sino que debe ser declarada formalmente o bien por la Administración (en vía de recurso o en vía de revisión de oficio) o bien por los Tribunales. Y hasta entonces el acto es válido. b) En la vía de recurso (sea administrativo o jurisdiccional) ninguna diferencia surge como consecuencia de la naturaleza del vicio invalidante. Y lo mismo sucede con las posibilidades de revocación. En otras palabras: para la impugnación y para la revocación es indiferente que se haya alegado un vicio de nulidad o de anulabilidad. c) Las diferencias empiezan en la revisión de oficio porque, tratándose de ella, los regímenes de la anulabilidad y de la nulidad son muy distintos. Y más todavía: dentro de la anulabilidad se distinguen dos subregímenes, según que la infracción de la ilegalidad, aun sin llegar a producir la nulidad, sea o no grave. d) Y, en fin, el régimen de transmisibilidad, conversión y conservación es común, a diferencia de la convalidación, que, de acuerdo con la letra de la ley, únicamente es propia de los anulables".

²⁷³ NIETO, "Estudio Preliminar", en BELADIEZ, *ob. cit.*, p. 14.

como tal puede ser incondicionalmente invocado por las partes a lo largo del proceso y debe ser planteado de oficio por el Juez (...) los recursos dirigidos contra un acto inexistente tienen que ser necesariamente rechazados por inadmisibilidad²⁷⁴.

En otra sentencia, el Tribunal comunitario europeo dejó sentado en este tema que "al igual que en los Derechos de los Estados miembros, un acto administrativo, incluso irregular, goza en Derecho comunitario de una presunción de validez, mientras no haya sido legalmente anulado o revocado por la institución de la que emana. Calificar un acto de inexistente permite declarar más allá de los plazos del recurso que dicho acto no ha producido ningún efecto jurídico. Por razones manifiestas de seguridad jurídica, dicha calificación deberá reservarse, por consiguiente, en el Derecho comunitario, al igual que en los Derechos nacionales que la reconocen, a los actos afectados por vicios particularmente graves y evidentes"²⁷⁵.

Como puede verse, la doctrina tradicional se inclina por considerar a la nulidad y a la anulabilidad como las consecuencias de la invalidez de los actos administrativos, dejándose fuera ya a los llamados actos inexistentes, justamente por no existir, de manera de sólo incluir a los actos que han podido tener efectos en la práctica, aunque los autores que defienden esta teoría insistan en que un Tribunal puede eliminar los efectos que haya tenido un acto nulo con solamente declararlo²⁷⁶.

²⁷⁴ Sentencia TJCE, proceso 79/89, de 27 de febrero de 1992, caso BASF AG y otros vs. Comisión, citada por GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, p. 14.

²⁷⁵ Sentencia TJCE de 26 de febrero de 1987, citada por GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, p. 15.

²⁷⁶ En este punto resulta interesante transcribir parte del Informe del Abogado General Jean Mischo en el caso que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de febrero de 1987, en el cual este abogado matiza bastante la opinión del Tribunal:

"Se deduce de un estudio comparativo que la mayoría de los Derechos de los Estados miembros conocen hipótesis en las cuales el acto irregular, por el hecho de la gravedad del vicio de que adolece, se considera que no sufre ningún efecto jurídico ni siquiera provisional, de manera que ni su destinatario ni su autor deben respetarlo, incluso sin que sea necesaria una intervención previa del Juez. Para determinados derechos, semejantes actos son inexistentes, para otros son nulos de pleno derecho. Todos estos Derechos han reservado la hipótesis de la inexistencia pura y simple de un acto semejante a los casos excepcionales de una irregularidad tan burda y evidente que los vicios de que adolecen saltan inmediatamente a la vista. Semejante irregularidad flagrante parece que se da esencialmente en casos extremos, como la usurpación manifiesta de funciones, la ausencia de firma alguna, el carácter irreal, incierto o ilícito del objeto del acto que supera con mucho la irregularidad formal procedente de una evaluación errónea de los hechos o de una ignorancia de ley."

"Además, desde 1957 el Tribunal de Justicia se venía pronunciando en el mismo sentido. En su sentencia *Algera* de 17 de julio de 1957 declaró que "la ilegalidad de un acto no implica su nulidad absoluta más que en casos excepcionales...". Partiendo de las mismas comprobaciones de Derecho comparado, el Abogado General Trabucchi, en sus conclusiones de 13 de diciembre de 1973, en los asuntos acumulados *Kortner-Schots* y otros contra Consejo, Comisión y Parlamento, había opinado que "en un sistema como el de nuestro Derecho comunitario no se ve ninguna razón para apartarse del criterio seguido en los distintos Derechos nacionales, según el cual, un acto normativo susceptible de aplicarse y que responda a las condiciones esenciales de procedimiento de forma y competencia, en cuanto a su función y su publicación, es un acto del que una incompatibilidad eventual de contenido

La creación de una teoría de las nulidades con los caracteres que estamos esbozando para los actos administrativos, con sus distintas concepciones, es consecuencia, como ya dijimos, de que el principio de la legalidad constituye el eje alrededor del cual se erige desde su nacimiento el Estado de Derecho. En efecto, la sujeción de toda acción singular del poder público a las previsiones de la ley general constituye la base que sustenta la validez del ejercicio de este poder. En el marco de las Administraciones Públicas, lo cual es aplicable a la administración comunitaria, el principio de la legalidad no supone tan sólo a la sujeción a la ley formal sino que, por el contrario, alude a lo que se designa como "bloque de la legalidad".

Efectivamente, la actividad de cada funcionario de la Administración, en el caso que nos interesa de la administración comunitaria, está delimitada tanto por las previsiones de la ley formal como por las instrucciones emanadas por los funcionarios superiores (principio de la jerarquía administrativa), y por las normas generales que él mismo dictare (principio de la autovinculación de los actos). De manera que, según el principio de la legalidad, para poder predicar la validez de las actuaciones de cualquier rama del Poder Público, incluido el poder público comunitario, éstas deben contar con el respaldo de una norma de derecho que habilite tal actuación²⁷⁷.

Así las cosas, la atribución de potestades a la Administración comunitaria, de una parte supone la constitución del título que habilita su actuación, y de la otra define los límites del ejercicio del poder público comunitario, y acota y perfila el ámbito de validez de su actuación. No puede existir órgano administrativo comunitario sin potestades, y nos atrevemos a decir que tampoco los órganos que no lo son, pues ello resultaría en un órgano inoperante, que nada puede hacer. Y de otra parte, nada pueden hacer los órganos comunitarios más allá de los límites fijados por sus potestades. Por ello, desde este punto de vista, la competencia constituye un elemento fundamental en la definición de la organización administrativa²⁷⁸ y en general de toda la estructura orgánica comunitaria.

Del principio de legalidad, se deriva otro muy importante para el derecho administrativo: la presunción de validez de los actos administrativos. Tal como lo expresa Alejandro Nieto, nulidad y anulabilidad no son meros grados de invalidez. Independientemente de lo que suceda en el derecho civil, "en el Derecho Administrativo la nulidad y anulabilidad son técnicas -y técnicas rigurosamente

con normas o principios superiores permite impugnar la validez, pero nunca negar la existencia" (NIETO, "Estudio Preliminar" en BELADIEZ, *ob. cit.*, pp. 15-16).

²⁷⁷ Sentencia SPA-CSJ de 6 de junio de 1985, proceso Luis Álvarez Domínguez vs. Contraloría General de la República, GF Nº 128, Vol. I, 1985, pp. 356-364 (BREWER-CARIAS y Ortiz-Alvarez, *ob. cit.*, p. 546).

²⁷⁸ Sentencia CPCA de 9 de agosto de 1995, proceso Socorro Peraza Tirado, Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Oscar Pierre Tapia, Nº 8, 1995, pp. 56-62 (BREWER-CARIAS Y Ortiz Alvarez, *ob. cit.*, pp. 550-551).

procedimentales, no materiales- de declaración de invalidez". "Los actos no son válidos por sí mismos", continúa Nieto, "sino porque así lo declara un órgano, administrativo o jurisdiccional, que tiene competencia para ello". Y finaliza diciendo lo que nos interesa en este principio: "Y mientras no tenga lugar esta declaración son válidos por muy graves que sean sus vicios". Y afina Nieto aún más la definición de este principio cuando dice que en el derecho administrativo rige la regla de la presunción de la validez de los actos administrativos y esto significa que son válidos *mientras* no sea declarado lo contrario por un órgano competente y, por ello mismo, como válidos los trata la ley" ²⁷⁹.

Nieto delimita mejor el principio de presunción de validez de los actos administrativos, y así lo debemos entender en nuestro criterio, diciendo, además de lo antes aludido, que en definitiva la regla de que los actos administrativos se presumen válidos debe entenderse así: "mientras un órgano competente para ello no declare lo contrario, los actos administrativos, cualesquiera que sean sus vicios de ilegalidad, son válidos y, además, deben ser conservados siempre que sea posible"²⁸⁰.

A la anterior opinión de Nieto se puede objetar, como él mismo lo observa, de acuerdo con la doctrina tradicional, que la norma no dice que (mientras lo contrario no sea declarado) los actos son válidos, sino que se presumen válidos, lo que no es lo mismo. Tal como lo dice Nieto, esto es cierto indudablemente desde el punto de vista ontológico, pero agrega este autor que "yo no alcanzo a comprender las diferencias que, desde la perspectiva de su régimen jurídico, que es lo que interesa, median entre ser válido y presumirse válido" porque el derecho trata a estos actos como si fueran válidos ya que es indiferente que luego venga un Tribunal y los declare inválidos por nulidad absoluta si tenemos en cuenta que los efectos producidos seguirán valiendo por haber existido²⁸¹.

Para Nieto, la distinción entre efectos *ex tunc* y efectos *ex nunc* en la teoría de las nulidades de los actos administrativos "es un mito del que hay que desprenderse cuanto antes de la misma manera que ya nadie cree, desde hace mucho tiempo, en el otro mito de que los actos nulos no pueden producir efectos: si todo esto fuera cierto, no habría necesidad de impugnar los actos administrativos viciados de nulidad". Según este autor, el derecho administrativo y las prerrogativas de la Administración han pulverizado los conceptos de nulidad y anulabilidad, "de los que sólo se conservan pedazos rotos que los autores se empeñan en reconstruir para volver a darles una forma primitiva que ya es imposible"²⁸².

²⁷⁹ NIETO, *ob. cit.*, p. 16.

²⁸⁰ NIETO, *ob. cit.*, p. 12.

²⁸¹ NIETO, *ob. cit.*, p. 17.

²⁸² NIETO, *ob. cit.*, p. 17.

Así las cosas, la incompetencia de los órganos comunitarios puede ser externa, esto es, de la Comunidad en cuanto tal, en el sentido de la ausencia de competencia de la organización internacional para adoptarlo por tratarse de una materia en la que no se ha previsto la atribución del ejercicio de competencias por parte de los Estados miembros en favor de aquélla, o interna o del órgano cuyo acto se impugna, que consiste en la falta de poder del órgano que ha adoptado el acto en favor de otro órgano, pero siempre entendiéndose que la Comunidad disfruta del ejercicio de las competencias involucradas.

La incompetencia interna puede ser a su vez *ratione materiae*, cuando uno de los órganos invade la competencia de otro o cuando excede de sus competencias u omite ejercerlas; *ratione temporis*, cuando el órgano toma decisiones fuera del tiempo en el que fue autorizado hacerlo en la norma comunitaria²⁸³; y *ratione loci*, cuando el órgano dicta un acto para que tenga efectos fuera del sitio para el que fue autorizado.

De ahí que pueden diferenciarse a nivel de los actos comunitarios en general distintas formas de incompetencia: como la del acto dictado en una materia que no entra dentro del ámbito competencial de los órganos comunitarios; o aquel acto tomado por un órgano y que pertenece a la competencia de otro órgano; o el acto adoptado por un miembro de una de los órganos o uno de sus agentes, sin que gocen de los poderes de delegación necesarios; o el supuesto de un acto dictado por

²⁸³ Si bien el Acuerdo de Cartagena ha establecido varios plazos para la emisión de ciertas Decisiones y Resoluciones, sin embargo, no siempre que una norma establezca un plazo para que la autoridad comunitaria produzca un acto, la inobservancia del mismo tiene como consecuencia la nulidad del mismo. Si el plazo "constituye un límite al ejercicio de facultades administrativas, su trasgresión vicia el acto" (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macci, Tomo 3, Buenos Aires, 1979, p. VIII-32, citado por ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 93). Si el plazo no constituye un límite a este ejercicio, "los plazos contenidos en las leyes administrativas no son perentorios en principio y, en defecto de una disposición contraria de la ley, el acto proferido después de la expiración del plazo no es ilegal" (STASSINOPOULS, Michel, *El acto administrativo*, Publicaciones Jesca, Bogotá, 1981, p. 82, citado por ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 93). En todo caso, esta discusión, como apunta Andueza, es meramente académica porque los plazos del Acuerdo de Cartagena están todos vencidos (ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 93).

un órgano que es incompetente *ratione loci*²⁸⁴ o *ratione temporis*²⁸⁵; o por último, la incompetencia por defecto de la base jurídica del acto²⁸⁶.

Como puede verse, es inherente a la validez de todo acto comunitario que emane del órgano competente, es decir, que tenga la potestad para dictarlo en razón de que se encuentre facultada legalmente para ello. La competencia implica el poder legal de realizar un acto jurídico y concretamente en relación con la Administración, únicamente existe cuando la ley expresamente la otorga²⁸⁷.

En cuanto al vicio de incompetencia, básicamente pueden distinguirse tres tipos de irregularidades: la llamada usurpación de autoridad, la usurpación de funciones y la extralimitación de funciones. La usurpación de autoridad ocurre cuando el acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública. La usurpación de funciones comprende la situación en la que determinado órgano con investidura pública ejerce funciones igualmente públicas atribuidas a otro poder del Estado. Y la extralimitación de funciones consiste fundamentalmente en la realización por parte de una autoridad de un acto para el cual no tiene competencia legal expresa²⁸⁸.

En algunas legislaciones, si bien todo acto dictado por una autoridad incompetente se encuentra viciado, el hecho de que lo adolezca no apareja necesariamente su nulidad absoluta sino que se exige que ésta sea manifiesta, como ocurría en la legislación española hasta 1992 y ocurre en la venezolana actual²⁸⁹. La doctrina tradicional ha querido distinguir, de acuerdo al tipo de incompetencia de que se trate, entre la incompetencia que produce la nulidad absoluta y la que produce

²⁸⁴ Ejemplo de incompetencia *ratione loci* se encuentra en el derecho comunitario europeo de la competencia ya que se ha planteado ante el Tribunal de Luxemburgo su extensión a empresas establecidas en el exterior de la Comunidad Europea o que habían concluido acuerdos también en el exterior de la Comunidad y de esta jurisprudencia se desprende que la Comisión puede legalmente sancionar a las empresas en cuestión cuando la práctica o el acuerdo restrictivos de la competencia producen efectos en el interior de la Comunidad (sentencias TJCE, caso ICI v. Comisión, de 14 de julio de 1972, proceso 48/69 y caso Ahlström Osakeyhtiö V. Comisión, de 27 de septiembre de 1988, procesos 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85, Rec. 619 y ECR. 5193).

²⁸⁵ La incompetencia *ratione temporis* fue abordada en el marco del Tratado CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero) en la sentencia TJCE, caso Erzbergbau v. Alta Autoridad, de 10 de mayo de 1960, procesos 3 a 18, 25 y 26/58, ECR. 173.

²⁸⁶ DE FARAMIÑAN, *ob. cit.*, p. 460.

²⁸⁷ Sentencia SPA-CSJ de 19 de octubre de 1989, proceso Edgard Guillermo Lugo Valbuena contra Ministerio de Fomento de la República de Venezuela (BREWER-CARIAS y Ortiz-Alvarez, *ob. cit.*, p. 624).

²⁸⁸ Sentencia SPA-CSJ de 19 de octubre de 1989 antes citada (BREWER-CARIAS y Ortiz-Alvarez, *ob. cit.*, p. 624).

²⁸⁹ Según el artículo 19, numeral 4, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana (L.O.P.A.) "[l]os actos de la Administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos: (...) 4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades *manifiestamente incompetentes*...".

la nulidad relativa. Con base en tal distinción, se ha estimado que la incompetencia por la materia y por el territorio, así como también la usurpación de funciones, constituyen una incompetencia absoluta y por tanto implican un vicio de nulidad absoluta²⁹⁰.

De acuerdo con lo anterior, se ha pretendido dar contenido al vicio de nulidad absoluta de incompetencia de los actos administrativos y se ha marginado el criterio básico al que hacía referencia tradicionalmente la ley para identificarlo con su notoriedad, vale decir, que sea como se ha dicho "manifiesta". Tal marginamiento ha ocurrido en razón de que algún sector de la doctrina ha considerado como carente de todo rigor técnico este criterio de la ostensibilidad y por ello poco seguro, como es el caso de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, quienes consideran que "lo que para unos puede ser una infracción clara de las reglas de competencia, apreciable de inmediato sin necesidad de especiales esfuerzos, puede no serlo para otros". Para ellos, todo depende de quién sea el intérprete y de cuáles sean sus conocimientos²⁹¹.

Ahora bien, es cierto, como lo afirma el profesor Jesús González Pérez, que no importa el grado de incompetencia administrativa sino el grado de ostensibilidad, abstracción hecha de otra consideración²⁹². En igual sentido se pronuncia Ernest Forsthoff, quien hace depender la nulidad absoluta de si la desviación de competencia es o no patente ya que sólo así puede negarse la protección de la confianza en el acto administrativo, por no tener éste apariencia de válido²⁹³.

Lo que puede deducirse de esta discusión es que diferenciar la incompetencia como nulidad absoluta y como nulidad relativa es harto subjetiva y dependerá del funcionario, del juez encargado y de cada caso la existencia o no de la incompetencia, todo lo cual hace estas consideraciones muy inseguras. Por esto es preferible solamente diferenciar entre competencia e incompetencia, de manera que cuando esté presente esta última ello ya basta para declarar la nulidad del acto, siempre y cuando se trate de un vicio verdaderamente relevante, tomando en cuenta que en el derecho administrativo, lo que es aplicable al derecho comunitario, es más importante el cumplimiento del fin del acto que la legalidad del acto mismo, sobre todo tomando en cuenta el interés general, con lo cual en muchos casos, si bien estaremos en presencia de una irregularidad en la competencia, ésta no necesariamente producirá la invalidez del acto si éste cumple con la finalidad para el que fue dictado y favorece el

²⁹⁰ Sentencia SPA-CSJ de 19 de octubre de 1989 antes citada (BREWER-CARIAS y Ortiz-Alvarez, *ob. cit.*, pp. 624-625).

²⁹¹ GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, p. 596.

²⁹² GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Editorial Cívitas, Madrid, 1977, pp. 321-323.

²⁹³ FORSTHOFF, Ernest, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 323-324.

interés general, a menos, claro está, que haya violado derechos fundamentales de algún particular como el derecho de defensa.

En efecto, tenemos que hacer una separación nítida entre ilegalidad e invalidez. En la doctrina administrativa tradicional se viene afirmando que la invalidez se deduce de la discordancia entre el acto y la norma, pero esta afirmación no es del todo correcta porque lo que realmente se deduce de la discordancia entre el acto y la norma es su ilegalidad. La ilegalidad es el resultado de una constatación del operador jurídico, quien contrasta uno y otro y de acuerdo con esto habrá concordancia (legalidad) o discordancia (ilegalidad)²⁹⁴.

En cambio, la validez es el resultado de una valoración porque es el caso que el ordenamiento jurídico no siempre califica de inválidos a los actos administrativos ilegales, dado que admite ilegalidades no invalidantes: en unos casos porque la irregularidad es leve y en otros porque el acto está tan enérgicamente protegido por la norma que es inmune incluso a ilegalidades graves. Igualmente, cabe que un acto administrativo inválido recobre su validez subsanando su ilegalidad y convalidándose. Además, los actos se producen con vocación de permanencia y los llamados fenómenos de la nulidad y de la anulabilidad "no son más que episodios excepcionales en su vida, puesto que la invalidez únicamente se produce cuando resulta de todo punto imposible la conservación del acto"²⁹⁵.

Ateniéndonos a lo dicho, parece que legalidad y validez operan como dos círculos concéntricos, ocupando esta última el interior. Todas las invalideces son consecuencia de una ilegalidad, pero no todas las ilegalidades arrastran la invalidez. La razón de esta falta de concordancia entre ambos círculos o conceptos consiste en la importancia que en muchas ocasiones se da al fin del acto. El ordenamiento jurídico se encuentra presionado por dos impulsos que pueden ser contrapuestos: de un lado, quiere que la legalidad sea respetada y, por ende, sanciona con invalidez a los actos que la infringen; pero, por otro lado, quiere que la Administración consiga sus fines y por esto mantiene los actos que pueden alcanzarlos. Ahora bien, como estas pretensiones pueden resultar incompatibles, se impone el sacrificio de una en beneficio de la otra²⁹⁶.

Pero el dilema no es fácil de resolver pues la aplicación implacable de un solo principio resultaría perturbadora. Si la ilegalidad arrastrara siempre la invalidez, quedarían sin alcanzar ciertos fines públicos y padecería la eficacia administrativa; pero si, por el contrario, la ilegalidad no fuera

²⁹⁴ NIETO, *ob. cit.*, p. 10.

²⁹⁵ NIETO, *ob. cit.*, pp. 9-10.

²⁹⁶ NIETO, *ob. cit.*, p. 11.

sancionada nunca con la invalidez, "saltaría por los aires el Estado de Derecho y hasta es posible que el Estado y el Derecho a secas"²⁹⁷.

En estas condiciones, como lo planteábamos cuando criticábamos la diferencia entre incompetencia manifiesta y la que no lo es, "se impone una fórmula elemental de compromiso: ponderando las circunstancias del caso, en unos supuestos se dará preferencia a la legalidad, sacrificando a ella los fines, mientras que en otros se sacrificará la legalidad para que el acto, por muy graves que sean sus vicios, pueda alcanzar los fines propuestos". "Lo más interesante de todo esto", dice Nieto, es que independientemente de los resultados de cada ponderación concreta, para el legislador no es la invalidez la consecuencia ordinaria de la ilegalidad, sino una auténtica y rara excepción"²⁹⁸.

Finaliza Nieto su propuesta, en la que estamos de acuerdo como podrá deducirse, diciendo que si juntamos los vicios no invalidantes, los vicios potencialmente invalidantes pero que no han desembocado en una declaración de invalidez y los vicios subsanados, el resultado final es un sinnúmero de actos ilegales pero válidos" y cualquiera que tenga una experiencia administrativa y judicial "sabe de sobra que no es frecuente encontrar actos administrativos impecables de fondo y de forma" porque "[e]l Gran Ejército de la Administración está formado por una colección de tullidos y enfermos que, pese a todos sus defectos, ocupan (y en ocasiones arrasan) el territorio de la sociedad civil" y la Administración "envía muy pocos al hospital y las bajas producidas por los Tribunales son cuantitativamente insignificantes"²⁹⁹.

Así las cosas, la diferenciación entre la incompetencia que produce la nulidad absoluta y la que produce la anulabilidad, basada esta distinción en la ostensibilidad o forma manifiesta del vicio, debe erradicarse definitivamente, para dar paso a una concepción única de la nulidad por incompetencia y en general para el derecho administrativo, nulidad ésta que se producirá, o no, dependiendo de la gravedad de la ilegalidad que se haya detectado y del cumplimiento de los fines para los cuales fue dictado el acto, sin dejar de lado, por supuesto, el interés general.

En este orden de ideas y aunque lo dicho anteriormente se refiere básicamente a los actos administrativos comunitarios, extensible en gran parte a los actos normativos de la organización andina, el Acuerdo de Cartagena establece las competencias del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión y de la Secretaría General en los artículos 16, 22 y 30 AC respectivamente y dispone otras facultades para estos órganos en otras disposiciones del mismo

²⁹⁷ NIETO, *ob. cit.*, p. 11.

²⁹⁸ NIETO, *ob. cit.*, pp. 11-12.

²⁹⁹ NIETO, *ob. cit.*, pp. 11-12.

Acuerdo y en el Tratado de Creación del Tribunal. Por ello, cuando estos órganos ejercen alguna competencia no prevista en estos artículos, salvo que se considere incluida como poder implícito, incurrirían en incompetencia y dependerá de si la competencia correcta resida en los Estados miembros o en otros órganos de la misma comunidad la existencia de una incompetencia interna o externa y de acuerdo a si es evidente, obvio, ostensible, manifiesto o grosero el defecto del que adolezca, tal incompetencia producirá la nulidad absoluta o relativa del acto, con las consecuencias anotadas.

2.1.2.2. Los vicios de forma

Los actos comunitarios deben estar sometidos a formalidades que deben cumplirse para ser emitidos, como son que sean hechos en forma escrita, que sean realizados los actos preparatorios, que se haga su publicación, entre otros. Cuando se trata de actos emanados de órganos colegiados, como es la Comisión de la Comunidad Andina o era la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena, se requiere para la validez del acto que se haga una sesión formal, debidamente convocada con la expresión de los motivos, debidamente instalada con el quorum requerido en las normas, y que las decisiones se adopten con el voto de la mayoría exigido en el ordenamiento jurídico³⁰⁰.

Las formalidades previas a la emisión de un acto comunitario, comúnmente llamadas "actos preparatorios", suelen estar expresadas en una normativa dictada al efecto, pero también puede resultar de normas implícitas o de los principios generales del derecho, las cuales son más importantes cuando no existe normativa que regule los procedimientos constitutivos del acto, la que, si bien no existe en el Acuerdo de Cartagena, se ha dictado una Decisión (la 425) para regular los procedimientos de índole administrativo en la Secretaría General, la cual, por cierto, contiene muchos principios de derecho procedimental administrativo que subsanan en gran medida la falta de éstos en el derecho originario.

Sin embargo, no toda omisión de una formalidad o irregularidad cometida en la tramitación del procedimiento de constitución de un acto comunitario necesariamente conlleva la nulidad del mismo. Ello porque los vicios de forma tienen una virtud invalidante muy reducida y a veces, incluso, nula. La jurisprudencia contencioso-administrativa y la propia doctrina del derecho administrativo aplicables al

³⁰⁰ Según Hartley, este motivo de invalidez de los actos comunitarios incluye requerimientos que serán relativos a aspectos procedimentales solamente en sentido estricto, como son los requisitos de consultar a otra autoridad y los concernientes a la forma de la medida como por ejemplo el requisito de expresar las razones. Estos requerimientos pueden ser establecidos tanto por los Tratados como por el derecho secundario (por ejemplo, en el caso de delegación, el requisito de consultar); este también puede ser prescrito por un principio general de derecho. Un ejemplo, del principio de *audi alteram partem*, que fue sostenido en el caso *Transocean Marine Paint* para ser considerado como obligatorio para la Comisión aún en ausencia de un previsión normativa expresa (HARTLEY, *ob. cit.*, p. 429).

derecho comunitario han considerado que sólo la omisión de formalidades sustanciales cuyo cumplimiento hubiera llevado a la emisión de un acto distinto, cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los ciudadanos, pueden conducir a la anulabilidad del acto³⁰¹.

Esto último porque cuando un acto administrativo infringe requisitos formales de índole garantista, es lógico que, como dice Nieto, "no puedan convalidarse en perjuicio de un particular, como también lo es que éste pueda dirigirse a un Juez para que declare la invalidez del acto y evite el desequilibrio de los intereses contrapuestos". Ahora bien, continúa Nieto, "cuando la formalidad infringida es de índole burocrática -orientándose por criterios de eficacia-, como ya no entran en juego derechos externos a la organización sino que se trata de un conflicto rigurosamente interno (la imperatividad de una orden general y su desobediencia o incumplimiento en un caso concreto), parece explicable que la ley no llame a un órgano externo e imparcial -el Juez- para que dirima el conflicto, sino que disponga que se resuelva dentro de la propia Administración"³⁰².

³⁰¹ Schermers y Waelbroeck consideran que el requerimiento procedimental omitido debe ser relevante en orden a ser esencial. Según estos autores, si una irregularidad no lleva a un diferente resultado, entonces será insuficiente para establecer la invalidez de la decisión de que se trate (SCHERMERS Y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 181).

En el mismo sentido se expresa Hartley cuando dice que es importante destacar que solamente un requerimiento procedimental "esencial" es un motivo de nulidad. La distinción entre esencial y no esencial en un requerimiento procedimental, la cual fue adoptada del derecho administrativo francés, es similar a la distinción inglesa entre previsiones procedimentales obligatorias y aquellas que son meramente directivas. La filosofía detrás de la distinción es la misma en los tres sistemas: para anular un acto por un defecto procedimental insignificante, ello pudiera entorpecer la actividad administrativa y convertirse en formalismos excesivos que disminuyan la velocidad de los procesos administrativos; por otro lado, para Hartley, una anulación por un defecto formal no necesariamente va en detrimento de la buena administración y perjudica los derechos de los individuos. La ley trata de lograr un compromiso restringiendo la sanción de invalidez a aquellos casos donde una importante previsión ha sido violada. Este compromiso, para Hartley, tiene muchas ventajas; pero tiene la desventaja de crear incertidumbre: ¿cómo decir que un requerimiento es esencial o no?

Las previsiones comunitarias establecen requerimientos procedimentales que normalmente no dicen si su infracción puede llevar a la invalidez. Entonces uno debe mirar a la función de la previsión y las consecuencias si ésta no es observada. Así, si la falta de observación de ésta puede afectar el contenido final del acto, uno pudiera justificar, en conclusión, que este era un requerimiento esencial. Por ejemplo, el requisito de consultar otro órgano o dar a una persona interesada una audiencia, es considerada como esencial basado en este test: los hechos y argumentos que serían dados a conocer a la autoridad a través de este procedimiento pudo inducirlo a la alteración del contenido de la medida.

Sin embargo, sería un error concluir basado en este solo test: los requerimientos procedimentales que no tienen efectos posibles en el contenido del acto pueden también ser clasificados como esenciales. Por ejemplo, el más importante objetivo de un requerimiento de expresar razones es, de acuerdo con el Tribunal de Justicia europeo, es ayudar a las personas interesadas a defender sus derechos, ayudar al Tribunal a ejercer sus facultades supervisoras y permitir a terceras personas apreciar la manera por la cual las autoridades usan sus poderes. Ninguna de estas consideraciones tiene que ver con el contenido de la medida, aunque el requerimiento de expresar las razones puede ciertamente constituir un requisito procedimental esencial (HARTLEY, *ob. cit.*, pp. 429-430).

³⁰² NIETO, *ob. cit.*, pp. 26-27.

"Descartada la intervención judicial", dice Nieto, "queda el acto viciado en manos de la propia Administración, que es la que va a decidir su destino: subsanando el vicio si cree que así mejorará la eficacia o dejándole tal como está si entiende que es lo más conveniente para los intereses de la organización". Dice este autor que el vicio no va a afectar necesariamente al acto y por ello, puede considerarse que no es un factor de incidencia jurídica directa, pero esto no significa que la norma que establece la forma carece por completo de efectos porque también puede suceder que desencadene un proceso, aunque sea de índole interna, y no afecte a la validez del acto sino a su autor, quien, por ejemplo, es disciplinado en un procedimiento jurídico o trasladado por decisión discrecional, si es legalmente posible, o su promoción profesional queda bloqueada, y tantas otras consecuencias que pueden ocurrir, o en fin, afecte al procedimiento.³⁰³

Vistas así las cosas, nos encontramos ante lo que llama Nieto "el descubrimiento de un conocido Mediterráneo", esto es, la distinción entre normas jurídicas y normas administrativas, que según él lleva el sentido común germánico utilizando con éxito desde hace muchos años y que parece precipitado abandonar, lo que en términos organizacionales más sencillos no significa otra cosa sino que "la inevitable tendencia de toda organización a repeler interferencias ajenas"³⁰⁴.

Así las cosas, el vicio de forma en los actos administrativos comunitarios carece de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental³⁰⁵, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando eventualmente su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración³⁰⁶.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha relacionado todos estos aspectos ya que ha considerado como formalidad sustancial todo requisito formal que tenga por objeto garantizar los derechos de los particulares como sería el derecho de defensa y en el caso del Acuerdo de Cartagena, los derechos de los países miembros y "todo requisito formal cuyo cumplimiento hubiera podido cambiar el sentido de la decisión impugnada"³⁰⁷.

Por estas razones, la mayoría de las legislaciones procedimentales administrativas, como la española y la venezolana (art. 19, num. 4, L.O.P.A.), sólo otorgan la consecuencia de la nulidad

³⁰³ NIETO, *ob. cit.*, p. 27.

³⁰⁴ NIETO, *ob. cit.*, pp. 27-28.

³⁰⁵ Sobre el carácter instrumental y el valor de la forma en el derecho administrativo, puede consultarse la excelente obra de BELADIEZ ROJO, *ob. cit.*, pp. 97 y ss.

³⁰⁶ GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, p. 618.

³⁰⁷ VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 496.

absoluta de un acto administrativo cuando haya tenido lugar una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Sin embargo, en criterio de García de Enterría y de Fernández Rodríguez, este olvido total y absoluto del procedimiento no hay que identificarlo con la ausencia de todo procedimiento porque ello significaría reducir a la nada el tipo legal ya que, aunque sólo sea por exigencias derivadas de la organización, siempre hay ciertas formas, un cierto *iter* procedimental, por rudimentario que sea, en el actuar de los órganos administrativos. La expresión legal hay que referirla, pues, a la omisión de los trámites esenciales integrantes de un procedimiento determinado, sin los cuales ese concreto procedimiento es inidentificable³⁰⁸, tal como lo expresa el artículo 63.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común española cuando excepciona de la aplicación de la regla general de que "son anulables los actos de la Administración que incurren en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso a la desviación de poder", a alguno de los vicios de forma cuando dice que "no obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos esenciales para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados".

Igualmente hay que entender aplicable, según los autores citados, la sanción de la nulidad absoluta cuando el órgano ha aplicado un procedimiento pero no el concreto previsto por la ley para ese supuesto, como sería por ejemplo si se contrata por concierto directo y lo que procede legalmente es la subasta, o cuando se adjudica una plaza vacante que legalmente procede sacar a oposición. Esto porque, en criterio de García de Enterría y de Fernández Rodríguez, si bien la Administración, y podemos decir que cualquier comunitario, se ha ajustado a un procedimiento y ha cumplido sus trámites, hay un defecto de calificación previa que desvía la actuación administrativa del *iter* procedimental legalmente aplicable que, de este modo, queda total y absolutamente omitido³⁰⁹.

También puede ocurrir que después de haber recorrido un largo camino procedimental, quede al final un defecto formal no subsanado. En este caso, habrá que tener en cuenta la relación existente entre el vicio de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto y ponderar, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido. Por ello, las hipótesis pueden ser varias: en primer lugar, es posible que aunque no hubiera existido el defecto formal la decisión de fondo hubiera sido la misma. Si es así, no tiene sentido anular el acto recurrido por motivos formales y tramitar otra vez un procedimiento cuyo resultado último ya se conoce. Sobre todo tomando en cuenta que la organización, especialmente cuando actúa en funciones administrativas, actúa de acuerdo con el principio de eficacia y el procedimiento administrativo está sometido al criterio

³⁰⁸ GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, p. 601.

³⁰⁹ GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, p. 602.

de celeridad, que sirven de fundamento al principio de economía procesal que es contraria la repetición inútil de la tramitación de un expediente³¹⁰.

En segundo lugar, si se trata de que el vicio de forma ha influido realmente en la decisión de fondo, siendo presumible que ésta hubiera podido variar de no haberse cometido el vicio formal, hay que distinguir tres supuestos: a) si la decisión de fondo es correcta, a pesar de todo, lo que procede es declararlo así y confirmar el acto impugnado porque el propio principio de economía procesal obliga a ello ya que tampoco tendría sentido en este caso repetir el procedimiento viciado si se sabe de antemano que la decisión final es ajustada a derecho; b) si la decisión de fondo es incorrecta, entonces concurrirán dos vicios, capaces, en principio, de determinar la nulidad del acto: el vicio formal y el vicio de fondo. Lo que procede en este caso es declarar la existencia de ambos y muy especialmente la del último de ellos, con el fin de evitar que, tramitando de nuevo el expediente y subsanado el defecto formal cometido inicialmente, puedan repetirse otra vez las mismas infracciones de fondo. Resulta entonces que en este segundo caso tampoco es el vicio formal el que determina realmente la anulación, sino el vicio de fondo; c) si no es posible averiguar si la decisión de fondo es correcta o no porque, precisamente, la infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la solución adoptada, no siendo posible por esta razón decidir con seguridad acerca de la corrección o incorrección sustancial del acto objeto del recurso, no hay más remedio que declarar la nulidad de dicho acto con base en la existencia del defecto formal advertido. Sólo en este caso el vicio de forma puede decirse tiene verdadera trascendencia invalidante. En todos los demás, el principio de economía procesal exige pronunciarse sobre el fondo y formular el juicio definitivo sobre la conformidad o disconformidad sustancial del acto con el ordenamiento jurídico, abstracción hecha de los defectos o vicios formales que sólo juegan el papel de indicios de una posible incorrección sustancial de la decisión de fondo³¹¹.

Por todo lo anterior se puede decir que "el vicio de forma no es sino una presunción de ilegalidad del acto a que afecta, presunción que sólo puede prevalecer cuando no sea posible probar la corrección sustancial del acto o la independencia de la incorrección sustancial de éste respecto del defecto formal advertido"³¹².

En el derecho público la evolución del valor de la forma ha seguido una evolución análoga al derecho privado ya que de una concepción rigurosamente formalista, que llevó a calificar a los vicios de

³¹⁰ GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 620-621.

³¹¹ GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 621-622.

³¹² GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, p. 622.

forma como de orden público, se ha pasado a otra concepción claramente finalista en la que la gran mayoría de los supuestos de vicios de forma van a constituir meras irregularidades no invalidantes³¹³.

Ahora bien, Beladiez Rojo dice que la instrumentalidad ha sido desde siempre una característica de la forma como institución jurídica y de hecho, este carácter marcadamente formalista que se aprecia en el origen del derecho administrativo "tiene su razón de ser en que los primeros momentos la forma constituye una garantía de legalidad de la actuación de la Administración, garantía que es de especial importancia en el caso de actos discrecionales ya que los Tribunales sólo van a poder ejercer un control de la actividad discrecional de la Administración a través de la forma"³¹⁴.

Ahora bien, si actualmente se entendiera la forma con el rigor que en un principio se le otorgó, lejos de ser una garantía, "constituiría un auténtico obstáculo al desenvolvimiento de las relaciones administrativas, con el consiguiente perjuicio no sólo del genérico interés público, sino también de los concretos derechos o intereses de los administrados". No obstante, Beladiez destaca que "con ello no se quiere afirmar que la forma no tenga hoy valor para el Derecho, sino que la forma tiene valor en la medida que resulta necesaria para conseguir una determinada finalidad"³¹⁵.

1) La consulta a otros órganos e instituciones

Entre los vicios sustanciales de forma de los actos comunitarios destaca, en primer lugar, la ausencia de consulta a otros órganos o instituciones, lo que ha sido considerado por el Tribunal de Luxemburgo como "una exigencia esencial del procedimiento"³¹⁶. Ricardo Alonso García considera que el Tribunal de Justicia europeo suele mostrarse especialmente riguroso con relación a las consultas al Parlamento Europeo, que "reflejan en el nivel comunitario el principio fundamental democrático de que los pueblos deben participar en el ejercicio del poder a través de la mediación de una asamblea representativa"³¹⁷. "Ello teniendo en cuenta", según Alonso García, "que el desconocimiento de la consulta al Parlamento puede determinar la nulidad de la disposición adoptada, no sólo cuando aquélla tiene carácter preceptivo sino incluso cuando habiéndose solicitado su opinión sin mediar obligación al

³¹³ BELADIEZ ROJO, *ob. cit.*, p. 97.

³¹⁴ BELADIEZ ROJO, *ob. cit.*, p. 97.

³¹⁵ BELADIEZ ROJO, *ob. cit.*, p. 98.

³¹⁶ Sentencia TJCE, caso Francia v. Alta Autoridad, de 21 de diciembre de 1954, proceso 1/54, ECR. 1 (véase también SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 182).

³¹⁷ Sentencia TJCE, caso Roquette Freres v. Comisión, proceso 138/79, y Maizena v. Comisión, proceso 139/79, ambas de 29 de octubre de 1980, ECR. 3333 y 3393 (véase también SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 182).

respecto (...) no se espera, sin embargo, a su emisión por el Parlamento, (...) pero que entiendo puede y debe recibir un alcance general³¹⁸.

Igualmente, en la medida en que no se marque plazo alguno para la emisión de la opinión parlamentaria, el Tribunal de Justicia sostiene que el Consejo debe "agotar todas las posibilidades de obtención de la opinión del Parlamento"³¹⁹, agotamiento de posibilidades que no se había producido al no haber reclamado el Consejo, a diferencia de lo que había hecho en otros casos, la aplicación del procedimiento de urgencia regulado en el Reglamento Interno del Parlamento ni la celebración de una sesión extraordinaria, pese a la advertencia de la propia Mesa del Parlamento sobre tal posibilidad. No es necesario, en cambio, plazo alguno para analizar el dictamen emitido, pudiendo el Consejo adoptar la disposición al día siguiente de su emisión por el Parlamento³²⁰.

En este aspecto del Parlamento Europeo, es importante destacar lo expresado por Schermers y Waelbroeck en el sentido de que la observancia de este requerimiento implica que el Parlamento haya expresado su opinión. Es imposible considerar que se ha satisfecho el requisito con la simple solicitud del Consejo de la opinión. El Consejo debe exhaustivamente agotar todas las posibilidades de obtener la preliminar opinión del Parlamento. Como el Consejo no había hecho esto, la regulación adoptada fue declarada inválida³²¹.

Ahora bien, cuando el proyecto de acto se altera con posterioridad a la opinión del Parlamento, sin que la alteración responda a la asunción de dicha opinión, en criterio de Ricardo Alonso García habrá que estar al alcance de la alteración: "sólo si es sustancial, será necesaria una nueva consulta, (...) cuya omisión provocará la nulidad de la disposición adoptada"³²², en lo que estamos de acuerdo porque no deben convertirse las formalidades en obstáculos para la producción de los actos comunitarios.

Considera también Ricardo Alonso García que la doctrina expuesta, si bien se refiere al Parlamento Europeo, no debe existir duda alguna, en su criterio, sobre su extensión a los órganos consultivos comunitarios, tanto de relevancia constitucional, caso del Comité Económico y Social y del

³¹⁸ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 367 (véase también SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 182).

³¹⁹ Sentencia TJCE, casos Roquette Freres y Maizena v. Comisión, antes citada (véase también SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 182).

³²⁰ Sentencia TJCE, caso Tunnel Refineries v. Consejo, de 30 de septiembre de 1982, proceso 114/81, ECR. 3189 (véase también SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 182).

³²¹ SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 182.

³²² ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 370 (en igual sentido, SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 183).

Comité de las Regiones, teniendo en cuenta, eso sí, las reglas específicas que el Tratado pueda establecer al respecto, como la fijación del plazo mínimo para la presentación de sus dictámenes -no inferior a un mes-, transcurrido el cual sin su presentación se puede prescindir de ellos, como los nacidos del derecho derivado como el Comité Científico de Cosmética, cuya ausencia de consulta determinó la anulación de una determinada disposición³²³.

En nuestro criterio, tal extensión de la doctrina del Parlamento Europeo a otros órganos consultivos habrá que verla en cada caso concreto ya que no se trata aquí de aplicar los principios democráticos como lo ha dicho el Tribunal de Luxemburgo para ser tan estricto con las formalidades a favor del Parlamento Europeo, sino simplemente ver, insistimos, en cada caso si de verdad la formalidad omitida pudiera haber tenido una incidencia importante en el acto finalmente emitido. Observamos que hay principios más importantes más allá de la sustancialidad o no de las formalidades de los actos que para el Tribunal europeo son importantes proteger, que no existen en los demás procedimientos consultivos donde ya no existen tantos puntos de honor como en el Parlamento Europeo.

En todo caso se trata de aspectos éstos -formalidad de los actos en los que interviene el Parlamento Europeo- que no se aplican totalmente en la Comunidad Andina porque lamentablemente el Parlamento Andino no tiene en la organización subregional suramericana el papel tan importante que tiene en la Comunidad Europea y no tiene un rol relevante como el Parlamento Europeo en la conformación de un sistema de integración regional democrático como ha ido asumiendo este órgano comunitario en los Tratados de Maástricht y Amsterdam. Además, no hay en la Comunidad Andina los procedimientos decisorios conjuntos o consultivos entre el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión con el Parlamento Andino, ni los procedimientos en los que éste tenga que emitir una opinión o dictamen obligatorio como sucede en la Comunidad Europea en los procedimientos de codecisión y cooperación establecidos en los artículos 251 y 252 TCE, que pudieran afectar la decisión definitiva de nulidad si no interviene este órgano parlamentario.

Ahora bien, en los que respecta a las instituciones consultivas de la Comunidad Andina, como son el Consejo Consultivo Empresarial y el Consejo Consultivo Laboral, pudieran ser aplicables las ideas expuestas de posible nulidad de los actos comunitarios si se les pide opinión y no se espera su respuesta ya que obviamente no tiene sentido molestar a una institución consultiva si luego no va a tomarse en cuenta su criterio.

No obstante, creemos que habrá que ver el caso concreto para determinar la sustancialidad de la opinión a emitir en la constitución del acto comunitario de que se trate porque no consideramos que

³²³ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 370 (en similar sentido SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 183).

el solo hecho de la omisión del resultado de una consulta a estos Consejos Consultivos produzca por sí sola la nulidad del acto, sobre todo porque la normativa andina no prevé la opinión de estas instituciones consultivas con carácter preceptivo, como sí lo hace el Tratado de la Comunidad Europea en los artículos 262 y 265 con respecto al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones respectivamente, y aunque hubiera esta obligatoriedad, habría que determinar si tal omisión puede considerarse como sustancial al acto.

2) El cumplimiento de las normas internas

Por lo que se refiere al respeto por órganos e instituciones comunitarios de sus respectivas normas internas, el Tribunal de Justicia europeo anuló una directiva por el hecho de no haberse respetado el Reglamento de Régimen Interior del Consejo, concretamente la exigencia de unanimidad para acudir al procedimiento escrito en la votación, exigencia independiente de que la medida en cuestión tuviera que ser adoptada por mayoría cualificada o por unanimidad³²⁴.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial fue posteriormente matizada por el propio Tribunal cuando dejó sentado que las personas físicas o jurídicas no pueden invocar la violación de las reglas de procedimiento de una institución comunitaria en la medida en que no tienen como finalidad asegurar la protección de los individuos sino solamente las prerrogativas de los componentes de la institución, "únicos legitimados para alegar su vulneración como medio de defensa de sus facultades"³²⁵.

Estamos de acuerdo con Ricardo Alonso García cuando dice que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo pecó de generalidad en una situación muy particular porque tal posición sería razonable en lo que respecta a la reglas que tienen que ver con la organización de las deliberaciones y a la adopción de las decisiones, pero aún éstas pueden incidir en la esfera jurídica de los particulares y ser susceptibles de ser invocadas por los mismos ante el Tribunal³²⁶. Así sucede, por ejemplo, como también lo destaca Alonso García, con la vulneración de las reglas internas que presiden la adopción de un acto si conlleva la violación del principio de colegialidad³²⁷. Por lo anterior, habrá que analizar cada regla de procedimiento en concreto para determinar si es invocable por los particulares ante el Tribunal de Justicia.

³²⁴ Sentencia TJCE, asunto Reino Unido v. Consejo, de 23 de febrero de 1988, proceso 68/86, ECR. 855.

³²⁵ Sentencia TJCE, asunto Nakajima V. Consejo, de 7 de mayo de 1991, proceso 69/89, ECR. 2069.

³²⁶ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 371.

³²⁷ Sentencia TJCE, asunto Akzo Chemie Chemie v. Comisión, de 23 de septiembre de 1986, proceso 5/85, ECR. 2585.

3) La motivación del acto comunitario

Otra de las formalidades esenciales cuya falta puede producir la nulidad de un acto comunitario es la motivación del mismo porque a partir de ella el Tribunal y el destinatario pueden conocer las cuestiones de hecho que el órgano comunitario consideró para pronunciarse, así como los elementos jurídicos escogidos para dar cobertura a la disposición dictada, para así determinar la finalidad perseguida por aquél.

En general, pues, como lo expresa Alonso García, la motivación no deja de ser una concreción del principio de la transparencia pues, además de facilitar el control jurisdiccional, permite "que los Estados miembros y los ciudadanos afectados tengan conocimiento de las condiciones en las que las instituciones comunitarias han aplicado el Tratado"³²⁸, cuya importancia queda plasmada en su rango constitucional al quedar incorporada en el propio Tratado de la Comunidad Europea que dispone que "los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, así como los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados por el Consejo y la Comisión deberán ser motivados y se referirán a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado" (artículo 190)³²⁹.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria europea, el Tribunal de Justicia ha sido mucho más flexible en relación con la motivación de los actos comunitarios que como lo han sido los tribunales contencioso-administrativos cuando la han exigido a los actos administrativos. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo ha considerado que "tratándose de una medida de aplicación general, su preámbulo puede limitarse a indicar, por un lado, la situación general que condujo a su adopción, y, por el otro, los objetivos generales que pretende alcanzar"³³⁰.

Así las cosas, el Tribunal acepta la deducción de la motivación de una determinada disposición del marco normativo general en el que la misma se encuadra³³¹, o, partiendo de la exigencia de la incorporación de la base jurídica en el preámbulo de la disposición, considera suficiente, en el supuesto de que nada diga su preámbulo, su derivación del contenido de la disposición³³², declarando que en el

³²⁸ Sentencia TJCE, asunto Rewe, de 7 de julio de 1981, proceso 158/80, ECR. 1805.

³²⁹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y*, p. 372.

³³⁰ Sentencia TJCE, asunto Beus, de 13 de marzo de 1968, proceso 5/67, ECR. 83. La doctrina asentada en esta última decisión ha sido reiterada, por ejemplo, en la sentencia TJCE, asunto Welding, de 30 de noviembre de 1978, proceso 87/78, ECR. 2457.

³³¹ Sentencia TJCE, asunto An Bord Bainne, de 23 de febrero de 1978, proceso 92/77, ECR. 497.

³³² Sentencia TJCE, asunto Comisión v. Consejo, de 26 de marzo de 1987, proceso 45/86, ECR. 1493.

caso de que siendo un reglamento de ejecución, basta con que su preámbulo se refiera al reglamento base en el que se recoja la correspondiente base jurídica³³³.

También ha dicho el Tribunal con relación a la exigencia de una consulta, recordando la obligación de que las disposiciones comunitarias se refieran a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados, que limita tal obligación al hecho de mencionar exclusivamente que la consulta ha tenido lugar, con lo cual se obvia el propósito del mencionado precepto en el sentido de que la referencia debería incluir alguna manifestación en torno a si la disposición es conforme o no con la propuesta o el dictamen emitido y, en su caso, los motivos de la disconformidad³³⁴. Incluso ha llegado el Tribunal a aceptar la referencia en el preámbulo de un reglamento la conformidad del mismo con el dictamen de un comité cuando éste ni siquiera había emitido opinión alguna al respecto³³⁵, aunque es cierto que el dictamen no tenía carácter preceptivo.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido más estricta en la medida en que el procedimiento administrativo protege el derecho a la defensa a las partes³³⁶. El Tribunal europeo niega el carácter invalidatorio de la falta o deficiencias de la motivación cuando el afectado conoció por otras vías las razones para la adopción del acto como sería, por ejemplo, haber participado en su formulación³³⁷. Por supuesto, se entiende que esta formulación deslegitima a quien efectivamente haya intervenido en la constitución del acto pero no a los terceros que se pueden ver afectados³³⁸. La exigencia de motivación de los actos comunitarios se acentúa cuando se trata de la aplicación del derecho sancionador³³⁹ o cuando están en juego los derechos fundamentales³⁴⁰.

Según Schermers y Waelbroeck, no todos los actos requieren una motivación detallada. Es suficiente para el acto establecer de una manera concisa pero clara y de forma relevante los principales

³³³ Sentencia TJCE, asunto España v. Consejo, de 20 de septiembre de 1988, proceso 203/86, ECR. 4563.

³³⁴ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 373.

³³⁵ Sentencia TJCE, asunto España v. Comisión, de 20 de octubre de 1987, proceso 128/86, ECR. 4171.

³³⁶ Sentencia TJCE, asunto Alemania v. Comisión, de 4 de julio de 1963, proceso 24/62, ECR. 63.

³³⁷ Sentencia TJCE, asunto Países Bajos v. Comisión, de 11 de enero de 1973, proceso 13/72, ECR. 27.

³³⁸ Sentencia TJCE, asunto Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek v. Comisión, de 13 de marzo de 1985, proceso 296 y 318/82, ECR. 809.

³³⁹ Sentencia TJCE, asunto Krupp v. Comisión, de 12 de noviembre de 1985, proceso 185/83, ECR. 3609.

³⁴⁰ Sentencias TJCE, asuntos Akzo Chemie v. Comisión, de 24 de junio de 1986, proceso 53/85, y SEP v. Comisión, de 19 de mayo de 1994, proceso 36/92, ECR. 1965.

aspectos de hecho y de derecho tomados en cuenta, en el que está basado el acto y que son necesarios para el razonamiento que haya seguido el órgano comunitario para adoptar su decisión, de manera de ser comprendido. También el Tribunal de Justicia europeo ha dejado establecido que el requerimiento de la motivación está satisfecho si de las circunstancias en las que el acto impugnado ha sido adoptado y notificado a aquellos a quienes interese, y si las comunicaciones que lo acompañan hicieron posible reconocer los factores esenciales que guiaron a la administración en su decisión³⁴¹.

Se puede decir, según Schermers y Waelbroeck, de acuerdo con los casos analizados por el Tribunal de Justicia europeo, que el requerimiento de la motivación se puede considerar cumplido de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) La extensión de la motivación varía de acuerdo con la naturaleza del acto. Los actos generales, especialmente que contienen regulaciones, necesita únicamente una motivación general, explicando la esencia de las medidas. Una motivación específica con todos los detalles no es necesario. Cuando el propósito del acto es claro, no se requiere un razonamiento especial. Por otro lado, cuando el acto está compuesto de varios elementos, cada uno de ellos necesita un razonamiento especial.
- b) Cuando una decisión es una de una serie, la referencia a las decisiones anteriores debe ser suficientemente razonada.
- c) El órgano comunitario no necesita explicar todos los aspectos de hecho y de derecho que haya tenido en cuenta por cada parte del acto durante los procedimientos administrativos³⁴².

4) La publicación y notificación de los actos

Por lo que se refiere a la publicación de los actos comunitarios, el Tribunal de Justicia europeo ha considerado que su inexistencia no afecta la validez del acto sino que retrasa sus efectos o aplicabilidad hasta que aquélla tenga lugar³⁴³. Lo mismo se puede decir de la notificación, de modo que las irregularidades que en ella se produzcan no pueden viciarla y afectan sólo al plazo para recurrir³⁴⁴.

³⁴¹ SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 186.

³⁴² SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, pp. 186-187.

³⁴³ Sentencia TJCE, asunto König, de 29 de mayo de 1974, proceso 185/73, ECR. 603.

³⁴⁴ Sentencia TJCE, asunto ICI v. Comisión, de 14 de julio de 1972, proceso 48/69, Rec. 619.

En resumen, puede decirse, siguiendo a Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Nogueras, que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo, los vicios de forma de los actos comunitarios son los siguientes:

a) El defecto de motivación o la falta de la misma en forma suficiente, lo que supone la violación de la obligación establecida en el artículo 253 TCE.

b) El incumplimiento de la obligación de consulta de alguna institución u órgano comunitario con carácter previo a la adopción del acto. En particular, el Tribunal de Luxemburgo ha estimado que la consulta del Parlamento Europeo es un requisito de forma sustancial cuya ausencia conlleva la anulación del acto ya que constituye el reflejo de un principio democrático fundamental según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa.

c) La errónea determinación de la base jurídica del acto, cuando conlleva una alteración de las condiciones de adopción de éste³⁴⁵.

Si bien al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina todavía no le ha correspondido pronunciarse sobre la procedencia de las consideraciones que ha hecho el Tribunal de Luxemburgo en relación con los vicios de forma de los actos comunitarios y en general sobre la existencia de este tipo de vicios en tales actos, no dudamos en su aplicabilidad en el ámbito andino en gran parte de ellos dada las grandes similitudes existentes entre la Comunidad Europea y la Andina, haciendo la salvedad, como ya lo hicimos antes, de que en el Acuerdo de Cartagena, por ejemplo, la opinión de las instituciones consultivas no tiene carácter preceptivo, por lo que no es posible extender, en nuestro criterio, las consideraciones del Tribunal europeo relacionadas con la inexistencia de tales opiniones, salvo que los órganos principales de la Comunidad decidan consultarlos, caso en el cual éstos deberán esperar el dictamen antes de emitir el acto, excepto si hay un plazo que no sea cumplido por las instituciones consultivas.

Ahora bien, en lo referente a los demás vicios de forma como son los relacionados con la motivación, la publicación, la notificación, la forma escrita de los actos, las formalidades de constitución del órgano y para la adopción de las decisiones, no dudamos en su aplicabilidad en la Comunidad Andina, especialmente en los actos de la Administración comunitaria, por tratarse de vicios que provienen de la aplicación de los principios del derecho administrativo que, al igual que en la Comunidad Europea, y por ser la Comunidad Andina una organización jurídicamente similar a aquella, resultan enteramente aplicables, por lo que pueden ser invocados por los particulares tales vicios inciden en su esfera jurídica.

³⁴⁵ MANGAS MARTIN y Diego Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de...*, p. 462.

2.1.2.3. La desviación de poder

Hasta ahora nos hemos ocupado de los vicios de los actos comunitarios que tienen que ver con los elementos subjetivo (la incompetencia) y de forma. Ahora nos detendremos un poco en el vicio relacionado con el elemento fin del acto comunitario, que da lugar a lo que en la doctrina y la jurisprudencia se llama como desviación de poder.

Los restantes vicios conectados con los elementos objeto y causa del acto comunitario los hemos encerrado en la cuarta categoría de vicio denominada "violación del ordenamiento jurídico", que, como dijimos, en principio incluye a los vicios que no pueden englobarse en los que los tratados constitutivos europeos mencionan como incompetencia, vicio del forma y desviación de poder. Sin embargo, ya hemos visto que bajo este cuarto motivo de impugnación pueden encerrarse los otros tres y que el Tribunal de Justicia europeo, pese a tener una clasificación detallada de los motivos de impugnación en el artículo 230 TCE, no ha sido exigente a la hora de catalogar los vicios presentes en cada caso concreto sino que le basta con se encierre cualquier situación de ilegalidad en la causal "violación del ordenamiento jurídico comunitario" o lo que es lo mismo, que se demuestre la existencia de una infracción de los Tratados o del derecho derivado.

La desviación de poder consiste en la utilización por parte del órgano comunitario de una competencia cuyo ejercicio le ha atribuido el tratado respectivo, para un fin distinto del previsto en el ordenamiento jurídico³⁴⁶. Por esto, para que pueda hablarse de la presencia de este vicio debe haber una competencia cuyo ejercicio le ha sido atribuido al órgano, porque si no existe ese poder, como dice Alonso García, "estaremos en presencia de un vicio de incompetencia", no de desviación de poder³⁴⁷. Además, como también expresa este autor, "el terreno de la desviación de poder suele estar abonado

³⁴⁶ Según Schermers y Waelbroeck, las competencias a menudo han sido atribuidas a los órganos comunitarios para específicos propósitos, por lo que éstos no deben usar estas competencias para otros fines porque si lo hacen, los actos adoptados pueden ser anulados por desviación de poder. La desviación de poder también es aplicable, según estos autores, cuando un órgano usa una forma particular de actuar con la intención de evadir un procedimiento especialmente previsto por el Tratado (véase sentencia TJCE, caso *Hauts Fourmeaux* (8/57), de 21 de junio de 1958, ECR 255) (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 195).

³⁴⁷ En criterio de Schermers y Waelbroeck, la desviación de poder solamente puede ser cometida por un órgano atribuido con poderes discrecionales. Si el órgano no tiene posibilidad de escoger, entonces el poder delegado no puede ser usado para otros propósitos, más que para el que ha sido atribuido. Por ejemplo, dicen estos autores, un órgano a cargo de recolectar sumas de dinero fijas, no puede desviar sus poderes. Este es incompetente para recolectar otras sumas de dinero y viola sus obligaciones si no recolecta algo (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 196).

con elementos discrecionales, pues en presencia de elementos reglados, su desconocimiento implicará ilegalidad sin necesidad de analizar la desviación del fin³⁴⁸.

Para Schermers y Waelbroeck, aún si el órgano comunitario ha adoptado la decisión no solamente con el propósito para el cual los poderes han sido atribuidos sino también para otros, esto no hace la decisión inválida por desviación de poder "in so far as it does not detract from the main aim"³⁴⁹.

En palabras de Garrido Falla, la consagración del fin como elemento esencial del acto administrativo es una consecuencia de los esfuerzos de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés por someter al principio de legalidad la actuación administrativa. Una vez admitidos como motivos de anulación de los actos administrativos a la incompetencia y el vicio de forma, se vino a exigir a la Administración Pública que utilizase sus poderes precisamente con miras al fin contemplado por la ley cuando le atribuyó tales poderes. La falta de adecuación entre los móviles que inspiraron la actuación administrativa y el fin se consideró vicio de nulidad por *détournement de pouvoir*³⁵⁰. Junto a la fiscalización externa del acto administrativo se venía a crear así la posibilidad de una fiscalización de lo más íntimo del acto: los móviles que presidieron la actuación de los administradores. Se llegó a decir, aunque con evidente exageración, en criterio de Garrido Falla, "que una vez admitido este motivo de impugnación, la potestad discrecional de la Administración se convierte en un recuerdo histórico, pues en el ámbito del poder discrecional es donde puede aparecer este vicio"³⁵¹.

Ahora bien, no solamente se ha considerado como desviación de poder cuando se han utilizado el interés personal del funcionario que actuó en nombre de la organización como fin del acto, sino incluso cuando se trataba de una finalidad de interés general, éste no encajaba perfectamente dentro de las finalidades que había establecido el ordenamiento jurídico para dictar tal acto. Hartley cita el caso Gutmann v. Comisión para dar un buen ejemplo de esto porque el solicitante era un oficial de la Euratom que fue transferido del Centro de Investigación en Inspra a Bruselas basado en la previsión que autorizaba la transferencia de un oficial por "interés de servicio". El Tribunal sostuvo, sin embargo,

³⁴⁸ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 365.

³⁴⁹ SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 196.

³⁵⁰ En este coincide Hartley cuando dice que este motivo de impugnación de los actos comunitarios es difícil establecerlo en la práctica, el cual es derivado del derecho administrativo francés, donde es llamado *détournement de pouvoir*, pero también es encontrado, de una manera o de otra, en los sistemas jurídicos de la mayoría de los países occidentales. Esta bien establecido este motivo de ilegalidad en el derecho administrativo inglés, donde es usualmente llamado, más informalmente, como "propósito impropio" (HARTLEY, *ob. cit.*, p. 433).

³⁵¹ GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pp. 468-469.

que esta no era una verdadera razón para transferirlo sino que fue hecho por razones disciplinarias, por lo que la decisión fue anulada por desviación de poder³⁵².

En relación con la naturaleza jurídica de la desviación de poder, en el derecho administrativo se han distinguido dos posturas:

a) La tesis de la moralidad administrativa: según esta tesis, la desviación de poder supone la subordinación de la Administración al bien del servicio, lo cual sobrepasa la legalidad y por lo tanto permite restringir el poder administrativo en lo que tiene de más discrecional: los móviles de su actuación. Así, "[u]n simple criterio de legalidad no sería suficiente para lograr la fiscalización de este poder sin anular su espontaneidad; por el contrario, la *moralidad administrativa*, descendiendo con el juez a los casos particulares, puede lograrlo sin dificultad"³⁵³.

b) La tesis de la legalidad: entiende que la idea de moralidad no es suficiente para explicar las consecuencias jurídicas que este vicio produce ya que considera que la desviación de poder es pura y simplemente un caso de violación de ley. De otra manera, sólo podría castigarse con el vicio de desviación de poder los actos cuyo autor hubiese obrado de mala fe, lo cual no es la posición actual de la jurisprudencia francesa y española.

La consecuencia jurídica natural de la desviación de poder es la nulidad relativa o anulabilidad del acto comunitario, pero para que se dé este vicio son necesarios, según la jurisprudencia española, los siguientes requisitos: a) un acto aparentemente ajustado a la legalidad pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público establecido por el legislador; b) se presume que la autoridad pública ejerce sus potestades; c) no puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una plena prueba sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para que el Tribunal forme la convicción de que la organización acomodó su actuación a la legalidad pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable³⁵⁴.

Por su parte, otra sentencia del Tribunal Supremo nos dice que la desviación de poder es un vicio del acto administrativo para cuya apreciación es necesario comparar dos fines: por un lado, el

³⁵² HARTLEY, ob. cit., p. 435.

³⁵³ GARRIDO FALLA, ob. cit., p. 470.

³⁵⁴ Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo español de 31 de octubre de 1992 (citada por GARRIDO FALLA, ob. cit., p. 471).

general, en cuya contemplación el ordenamiento jurídico atribuye la potestad a la Administración y, por el otro, el que en concreto ha perseguido la Administración al dictar el acto cuya legalidad se discute³⁵⁵.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido la tendencia a objetivar la desviación de poder y no revisar la mala intención del funcionario, salvo en la sentencia Países Bajos vs. Alta Autoridad, de 21 de marzo de 1955, en la cual utilizó la frase "intención clandestina" de la Comisión, para hablar de la inexistencia de desviación de poder por parte de este órgano comunitario³⁵⁶. Así, en la sentencia *Fabrique Fer Charleroi* vs. Comisión de 29 de septiembre de 1989, el Tribunal de Justicia dedujo una desviación de poder al constatar que el criterio en que se basaron los actos eran extraños a los que podían considerarse con relación al objetivo perseguido por la norma habilitante³⁵⁷.

Como variante específica de la desviación de poder, el Tribunal de Justicia ha venido admitiendo la desviación de procedimiento o la utilización por las instituciones comunitarias de un procedimiento distinto del aplicable en el caso en cuestión, eludiendo así exigencias más apremiantes³⁵⁸. Así, en la sentencia *Pedersen* vs. Comisión de 22 de septiembre de 1988, el Tribunal de Justicia consideró como desviación de poder el hecho de que la Comisión, para evitar las consecuencias del transcurso de un plazo fijado por una normativa comunitaria, invitara a un Estado miembro a retirar una solicitud y a presentar una nueva para reabrirlo³⁵⁹.

³⁵⁵ Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo español de 6 de noviembre de 1992 (citada por GARRIDO FALLA, ob. cit., p. 471).

³⁵⁶ Sentencia TJCE, asunto Países Bajos vs. Alta Autoridad, de 21 de marzo de 1955, caso 6/54, ECR. 103.

³⁵⁷ Sentencia TJCE, asunto *Fabrique Fer Charleroi* vs. Comisión, de 29 de septiembre de 1987, casos 351 y 360/85, ECR. 3639.

³⁵⁸ Igual criterio sostienen Schermers y Waelbroeck cuando dicen que puede ser desviación de poder, sin embargo, si un órgano, en una situación cubierta por un procedimiento establecido en el Tratado, utiliza otro para evadir lo previsto en aquel artículo en forma deliberada, para lo que citan el segundo caso Chasse (15/57), sentencia TJCE de 13 de junio de 1958, ECR 231 (SCHERMERS y Waelbroeck, ob. cit., p. 196).

Similar criterio expresa Hartley cuando dice que la desviación de poder puede ocurrir cuando una autoridad, por una razón impropia, adopta una medida bajo una previsión cuando había otra que era más apropiada. Esto fue reconocido por el TJCE, según este autor, en el caso *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse* v. Alta Autoridad, donde dijo que debe ser reconocido que puede haber habido desviación de poder si la Alta Autoridad se ha enfrentado a una situación cubierta por un procedimiento de un artículo del Tratado para evadir lo previsto en otro artículo, en forma deliberada. Sin embargo el Tribunal no anuló la medida porque la desviación de poder no tuvo efecto en la sustancia del acto ya que si se hubiese adoptado con los propósitos legales inevitablemente el resultado hubiese sido el mismo (HARTLEY, ob. cit., pp. 435-436).

³⁵⁹ Sentencia TJCE, caso *Pedersen* vs. Comisión, de 22 de septiembre de 1988 (asunto 148/87), ECR. 4993.

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha expresado que el órgano comunitario, "al utilizar un procedimiento destinado a un fin específico, pretendiendo alcanzar a través de aquel otros que no consagra la norma comunitaria en los que se fundamenta, incurrió en desviación de poder y, particularmente, en una desviación de procedimiento, motivo de anulación que resulta de la propia Resolución"³⁶⁰.

En relación con este vicio, Ricardo Alonso García expone que en el ámbito normativo, "la desviación de procedimiento, aunque el Tribunal de Justicia no se refiere a ella en tales términos, está cubierta en la mayoría de los casos por la elección de una base jurídica *-id est*, disposición del Tratado en la que se basa la adopción de la norma, que suele establecer el procedimiento específico a seguir al respecto- distinta de la que debería presidir la adopción de la norma en cuestión, evitando así, por ejemplo, consultas a otras instituciones u órganos, o alterando el sistema de votación en el seno del Consejo (...). Y es precisamente en este marco en el que el Tribunal tiende a objetivar al máximo su control jurisdiccional, evitando entrar en consideraciones acerca de la finalidad perseguida por la institución en la elección de la base jurídica, centrando su análisis en el objetivo y alcance tanto de ésta como de la norma adoptada"³⁶¹.

Con respecto a la desviación de poder importa destacar, tal como lo hace el autor venezolano Luis Henrique Farías Mata, "cómo esa influencia del contencioso francés dejó huella en la doctrina, en la jurisprudencia, y aún en los ordenamientos jurídicos del mundo entero que, entre otras cosas, vieron en la "desviación de poder" -vicio relativo al fin, como hemos dicho, y caracterizado por la incongruencia de la actuación recurrida con las finalidades de interés general o colectivo expresas o presuntas en la norma- lo intuyeron digamos, como el mayor grado de refinamiento en la elaboración de la teoría jurídico-pública, pues permite al Juez el control (...) hasta de la "mala intención" del funcionario al emitir el acto administrativo". Continúa Farías Mata diciendo que "[consagrar el refinamiento y sutil vicio de desviación de poder como motivo para intentar una acción de nulidad vale hoy día tanto como decir que cualquiera de los otros -ya se trate de la "incompetencia", del "vicio de forma" o de la "violación de ley" (...)- permite también el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, y, en este sentido, la expresión "incluso" consignada en el texto comunitario confirma la idea". Ciertamente, como también dice Farías Mata, la simple relectura del actual artículo 17 TTA "nos permite, a esta altura, demostrar la

³⁶⁰ Sentencia TJCA, proceso 02-AN-98, de 2 de junio de 2000 (consultada en www.comunidadandina.org, fecha de la sentencia, p. 31).

³⁶¹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 366-367.

tesis del enlace entre jurisdicción contencioso-administrativa y contencioso de la integración a través de la desviación de poder como motivo de impugnación³⁶².

Pocas veces ha tenido la oportunidad el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de pronunciarse sobre el vicio de desviación de poder. En el único caso que hemos encontrado, la República de Colombia alegó este vicio porque la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena, al no precisar los productos que han sido objeto de comercio significativo, incurrió en desviación de poder, a lo cual el Tribunal consideró que "la causal de nulidad invocada no configura desviación de poder porque Colombia no sostiene que la Junta hubiere utilizado sus facultades con fines distintos a los señalados en el artículo 58 del Acuerdo, ni el Tribunal lo ha comprobado. (...) Sin embargo, como el Tribunal se puede apartar de la calificación jurídica dada por las partes a los hechos controvertidos, concluye que los motivos invocados por Colombia constituyen causales de nulidad suficientes para declarar la nulidad de la Resolución 237 por infracción del artículo 58 del Acuerdo debido a que no cumplió los requisitos señalados por este precepto para determinar que existió comercio significativo como se invoca también en la demanda"³⁶³.

Como puede verse en la sentencia anterior, el criterio del Tribunal andino sobre el vicio de desviación de poder coincide con la doctrina que hemos estudiado de los sistemas contencioso-administrativos y con la jurisprudencia del Tribunal comunitario europeo. También importa destacar que el Tribunal andino, si bien no consideró presente el vicio de desviación de poder en el caso anterior, sí le pareció aplicable otro vicio de los actos comunitarios como es el de violación del ordenamiento jurídico comunitario, previsto igualmente en el artículo 17 TTA como causal de nulidad, en el que se pueden incluir las infracciones a las normas comunitarias, pura y simplemente, y otros vicios en elementos tales como el objeto y la causa. Con esto lo que queremos decir es que están presentes en el ámbito comunitario andino las consideraciones que se han hecho en Europa sobre el vicio de desviación de poder.

2.1.3. Legitimación para intentar el recurso

De acuerdo con el artículo 17 TTA, la acción de nulidad podrá ser intentada por algún país miembro, por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, por la Comisión de la Comunidad Andina, por la Secretaría General y por personas naturales o jurídicas cuando las

³⁶² FARIAS MATA, *ob. cit.*, pp. 12-13.

³⁶³ Sentencia TJCA, proceso 1-N-85, GOAC N° 15 de 24 de marzo de 1986 (citada por PICO MANTILLA, Galo, *Jurisprudencia Andina*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, pp. 55-56).

Decisiones, Resoluciones o Convenios afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (art. 19 TTA).

Como puede observarse en los artículos citados, existe en la Comunidad Andina una situación similar a la de las Comunidades Europeas en lo que se refiere a la legitimación activa para intentar el recurso de anulación, pero con algunas variaciones: existe una suerte de legitimados activos privilegiados, que son el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General de la Comunidad Andina, y los países miembros, que no tienen que demostrar ningún interés especial para intentar esta acción. Solamente los países miembros tienen una restricción en su legitimación activa, que no existe en las Comunidades Europeas, porque no pueden intentar la acción de nulidad contra las Decisiones y Convenios en cuya adopción hayan participado dando su voto afirmativo, restricción ésta que no es aplicable, en nuestro criterio, respecto a las Resoluciones de la Secretaría General por las razones que luego veremos. Pero en lo que se refiere al interés que deben demostrar en los actos o convenios que pueden impugnar, es decir, en los que no hayan participado dando su voto afirmativo, los Estados miembros no tienen un especial requerimiento sino solamente tener un interés simple en la legalidad.

Ahora bien, al lado de estos demandantes privilegiados, existen los legitimados no privilegiados, que son las personas naturales o jurídicas, quienes deben demostrar, como sucede en las Comunidades Europeas, que tienen un interés especial en el acto porque afecte su situación jurídica, ya sea sus intereses legítimos o sus derechos subjetivos, motivo por el cual puede decirse que, al igual que en el sistema jurisdiccional comunitario europeo, los particulares únicamente pueden interponer una demanda de anulación contra las decisiones de los órganos mencionados de las que son destinatarios o que les afecten directa e individualmente.

Al mismo tiempo, a diferencia de lo que sucede en las Comunidades Europeas desde el punto de vista orgánico comunitario, solamente el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General están legitimados para interponer una acción de nulidad. Todavía en el ámbito andino el Parlamento no tiene posibilidades de intentar una acción de este tipo. Esto es comprensible si vemos que este órgano principal de la Comunidad Andina no tiene facultades tan importantes, como sucede en los procesos de codecisión y los presupuestarios en los que el Parlamento Europeo es titular de relevantes atribuciones.

En la Comunidad Andina existe en la actualidad una situación parecida a la que había en las Comunidades Europeas antes de que el Tribunal de Justicia y luego los tratados constitutivos reconocieran al Parlamento Europeo facultades de actuación relevantes en materia comunitaria, más allá de una mera opinión u orientación en los asuntos de la Comunidad como sucede actualmente en el

Pacto Andino. No ha sido necesario todavía que el Tribunal de Justicia reconozca legitimación activa a este órgano andino como lo hizo la sentencia de 22 de mayo de 1990 (asunto *Chemobyl*)³⁶⁴ del Tribunal comunitario respecto al Parlamento Europeo, legitimación ésta que ya ha sido plasmada en el artículo 230 TCE, tomando en cuenta la jurisprudencia y la importancia que ha adquirido el Parlamento Europeo en estas Comunidades, reforzada recientemente en el Tratado de Amsterdam.

No obstante, en el caso de que en el ámbito andino el Parlamento adquiriera algunas facultades de actuación importantes que impliquen posibilidades de intervenir en la adopción de decisiones comunitarias, estamos casi seguros que pudiera ser aplicable la mencionada sentencia europea, en la que el silencio que con relación con este órgano guarde el Tratado andino puede subsanarse jurisprudencialmente reconociendo tal legitimación activa al Parlamento Andino, con la condición de que se trate de salvaguardar sus prerrogativas propias y que la misma se invoque únicamente por motivos basados en la violación de estas últimas³⁶⁵.

Veamos entonces de seguidas cuáles son las características de la legitimación activa en la acción de nulidad andina en cada uno de los legitimados en forma separada.

2.1.3.1. Los países miembros

El Tratado del Tribunal prevé en su artículo 18 que los países miembros pueden intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados

³⁶⁴ Sentencia TJCE de 22 de mayo de 1990, caso *Parlamento vs. Consejo* (asunto 70/88), ECR. 2041.

³⁶⁵ Respecto al Banco Central Europeo, el cual también tiene legitimación activa para interponer un recurso de anulación en las Comunidades Europeas según el artículo 230 TCE, siempre y cuando se trate de proteger sus prerrogativas, tal como sucede con el Parlamento Europeo -esto ha llevado a decir a algunos autores que realmente su legitimación es sólo para controlar las modalidades de adopción de los actos y no su contenido³⁶⁵-, tal figura no existe en la Comunidad Andina, por lo que no podemos comentar nada al respecto en lo que se refiere a la legitimación activa en el ámbito andino. Algunas de las funciones de este Banco son ejercidas de alguna manera, salvando las distancias muy marcadas que existen entre ellos, por dos instituciones financieras autónomas, la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas, que forman parte del Sistema Andino de Integración. Sin embargo, éstos tampoco tienen legitimación para impugnar actos comunitarios, ni siquiera cuando afecten sus intereses, salvo que se les dé tratamiento de particulares por ser personas jurídicas, que hasta 1996 venían funcionando separadamente de la estructura institucional de la Comunidad Andina, aunque relacionados con ésta, al haber sido creadas con personalidad jurídica propia a través de tratados distintos al Acuerdo de Cartagena, en todo lo cual el Tribunal de Justicia andino todavía no se ha pronunciado sino sólo para decir que los actos de estas instituciones financieras, concretamente la Corporación Andina de Fomento, no son objeto de la acción de nulidad "ya que no se trata de una entidad sujeta a su jurisdicción" (sentencia TJCA de 22 de noviembre de 1985, caso *Eduardo Soto Naranjo v. Corporación Andina de Fomento*, proceso 1-85 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 25).

con su voto afirmativo³⁶⁶. Esto no quiere decir, en nuestro criterio, que no puedan intentar una acción de nulidad contra una Resolución de la Secretaría General porque, aunque no las mencione el artículo 18 TTA, este tipo de actos comunitarios no tenían por qué ser mencionadas en este artículo toda vez que tales resoluciones no son adoptadas con los votos de algún país miembro sino por un órgano unipersonal de carácter comunitario, en el que los países no están representados y decide tomando en cuenta los intereses de la Comunidad el Secretario General, en forma independiente y unipersonal. Además, si revisamos la redacción del artículo 17 TTA veremos que las Resoluciones de la Secretaría General son materia de la eventual acción de nulidad intentada por países miembros en el ámbito andino³⁶⁷.

El interés para intentar la acción de nulidad por parte de los países miembros parece ser, al no decir lo contrario el Tratado, tal como en las Comunidades Europeas, un interés simple a la legalidad, por lo que no necesita alegar un interés particular lesionado³⁶⁸, a diferencia de lo que sucede con los particulares. Es en esta característica donde se pone de manifiesto el carácter objetivo de la acción de nulidad andina y su búsqueda de un ordenamiento jurídico comunitario sin violaciones legales.

2.1.3.2. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General

Además de los países miembros, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General de la Comunidad Andina podrán impugnar las Decisiones y las

³⁶⁶ Al respecto dice el autor colombiano Luis Carlos SÁCHICA que "[e]s discutible, sin embargo, la prohibición del artículo 18: los países miembros no pueden demandar aquellas Decisiones que hayan sido aprobadas con su voto afirmativo. Porque es pertinente considerar que esta acción está tutelada por la legalidad, que importa a todos, y no se entiende por qué un país no puede rectificar una actuación suya que, a posteriori, considera ilegal". Y agrega luego: "Sólo razones políticas explican esta restricción" (SACHICA, "La acción de nulidad en...", *ob. cit.*, p. 56).

Sin embargo, el propio autor, en otro artículo de la misma obra colectiva, considera al artículo 18 TTA como "[u]na precisión sabia" y ratifica que "la excepción se justifica por consideraciones políticas" (SACHICA, "El ordenamiento jurídico andino y...", *ob. cit.*, p. 20).

Respecto a la legitimación para intentar la acción de nulidad por los países miembros en el ámbito andino, el profesor venezolano José Guillermo Andueza considera que la condición exigida a los países miembros la acción de nulidad tiene "el propósito de resolver el conflicto que pudo presentarse en el seno de la Comisión sobre la legalidad de una Decisión" (ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 89).

³⁶⁷ En este sentido, BREWER-CARIAS, Allan R., *Estudios de Derecho Público I*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1983, p. 229.

³⁶⁸ Así lo expresa BREWER-CARIAS, *ob. cit.*, p. 228.

Resoluciones de estos órganos, según corresponda, y los Convenios de Complementación Industrial firmados entre los países miembros.

Se presenta la discusión de si, tomando en cuenta que los países miembros no pueden impugnar los actos en los que hayan votado afirmativamente, pueden los mencionados Consejo, Comisión y Secretaría General hacerlo con los actos que ellos mismos hayan adoptado. Para el administrativista venezolano Allan Brewer-Carías "se sobreentiende que estos órganos no podrían impugnar ante el Tribunal sus propias decisiones, sino que si se legitima como recurrente a la Comisión, es para impugnar las Resoluciones de la Junta (hoy Secretaría General), y viceversa, si se legitima a la Junta (hoy Secretaría General), es para impugnar las Decisiones de la Comisión"³⁶⁹.

Ahora bien, este criterio no lo tienen todos los autores. Por ejemplo, el autor colombiano Luis Carlos SÁCHICA considera que la Comisión y la Junta (el momento de dar su opinión no estaba incluido el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en el artículo 17 TTA, ni la Junta se había convertido en Secretaría General) pueden demandar sus propias decisiones y las de los otros órganos mencionados en el artículo, sin restricción alguna, por lo que el actual Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General, al contrario de los países miembros, tienen la oportunidad de rectificar sus errores jurídicos³⁷⁰.

El mismo autor dice que tomando en cuenta que la excepción establecida para la legitimación activa de los países miembros es explícita y única, se debe deducir que los países miembros pueden impugnar toda decisión no aprobada por ellos y la Comisión y la Junta (asumimos que la Secretaría General y también el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores), indiscriminadamente, pueden impugnar todas las Decisiones y todas las Resoluciones. Ello le parece lógico a este autor en razón de que la defensa de la legalidad es un interés común y público, toda vez que la defensa de las instituciones importa a todos y que la excepción respecto a los países miembros se justifica por consideraciones políticas³⁷¹.

Otro autor que ha dado su opinión en este aspecto es el colombiano Fernando Uribe Restrepo, quien considera que la salvedad del artículo 18 TTA se justifica plenamente "si se tiene en cuenta que

³⁶⁹ BREWER-CARIAS, *ob. cit.*, p. 230. En el momento de dar esta opinión, la estructura orgánica de la Comunidad Andina no había sido reformada, por lo cual no existía el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como parte de esta estructura y la Junta no había sido transformada en Secretaría General.

³⁷⁰ SACHICA, "La acción de nulidad en...", *ob. cit.*, p. 57.

³⁷¹ SACHICA, "El ordenamiento jurídico andino y su...", *ob. cit.*, p. 20.

el proceso de integración requiere que sus miembros actúen siempre con seriedad, lealtad, sumo cuidado y consistencia" y la hipótesis de que los países miembros puedan impugnar los actos en los que hayan votado afirmativamente "no se aviene, por supuesto, a tales requerimientos"³⁷².

En nuestro criterio, al no establecerse una restricción expresa en la legitimación activa del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina y de la Secretaría General para impugnar los actos comunitarios mencionados en el artículo 17 TTA, la misma no puede sobreentenderse y siendo la acción de nulidad una vía contenciosa de carácter objetivo de control de la legalidad, que lo que busca es sanear el ordenamiento jurídico de irregularidades, aquellos órganos de la Comunidad Andina pueden intentar esta acción sin la restricción que tienen los países miembros de acuerdo con el artículo 18 TTA ya que la excepción sólo es explícita para éstos. Pareciera haber existido razones muy particulares para establecer tal restricción a los países miembros, que pudiera haber sido la de evitar acciones temerarias de los mismos y como dice Andueza "resolver el conflicto que pudo presentarse en el seno de la Comisión sobre la legalidad de una Decisión"³⁷³, de manera que no podemos extender tales razones a unos supuestos no previstos por los Estados miembros.

En lo que sí estamos de acuerdo con los opositores a la restricción de los países miembros es que si la acción de nulidad, como hemos visto, es un vía judicial objetiva que lo que busca es salvaguardar la ilegalidad, motivo por el cual, además de los ya anotados, no es aplicable tal restricción a los órganos comunitarios, no se entiende que a los países miembros sí se haga en forma expresa. Pero al estar tan claramente determinada en el Tratado no hay otra conclusión que aplicarla, pero no extenderla a los órganos comunitarios como pretenden algunos³⁷⁴.

Así las cosas, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General pueden impugnar sus propios actos y los de los demás órganos mencionados, incluyendo los Convenios de Complementación Industrial firmados entre los países miembros, pero éstos sólo podrán impugnar los actos y convenios a los que no hubieran dado su voto afirmativo, lo cual constituye una variación al régimen comunitario europeo en el que los Estados miembros no tienen restricción alguna para impugnar los actos comunitarios siguiendo más la idea de que se trata verdaderamente de un recurso objetivo el de anulación.

³⁷² URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 143.

³⁷³ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 89.

³⁷⁴ Sin embargo, tal exclusión de los países miembros para algunos autores es "perfectamente comprensible por lógica y natural" (FARIAS MATA, *ob. cit.*, p. 10).

2.1.3.3. Las personas naturales o jurídicas

El artículo 19 TTA atribuye legitimación activa para intentar la acción de nulidad contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General o los Convenios de Complementación Industrial firmados entre los países miembros, a las personas naturales o jurídicas, cuando tales actos o convenios "afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos".

El artículo 19 TTA no pareciera limitar la legitimación activa a los particulares de algún país miembro, ni a las personas jurídicas domiciliadas en el territorio de éstos, por razón de su nacionalidad, motivo por el cual, en nuestro criterio, siguiendo a Brewer-Carías, una persona natural de nacionalidad distinta a los países miembros o una empresa extranjera no domiciliada en los países andinos, podría intentar la acción de nulidad³⁷⁵. El Tribunal lo único que revisará respecto a la legitimación activa del accionante es que el particular tenga el interés especial exigido para ello por el citado artículo 19, esto es, que las normas impugnadas "afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos"³⁷⁶.

Originalmente, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, también en su artículo 19, disponía que las personas naturales y jurídicas podían intentar la acción de nulidad contra las citadas Decisiones o Resoluciones "que les sean aplicables y les causen perjuicio". Sin embargo, pese a esa diferente expresión desde el punto de vista literal, la misma era interpretada de manera equivalente a la utilizada por el Tratado de la Comunidad Europea en su actual artículo 230, de manera que, al final, los resultados eran muy similares a los que tiene la actual expresión del artículo 19 del Tratado del Tribunal andino, en el sentido de que se trata del establecimiento de unos legitimados que tienen que demostrar la afectación de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, como ya se entendía en la doctrina contencioso administrativa y en la jurisprudencia comunitaria europea, esto es, que los particulares podían impugnar los actos de los cuales eran destinatarios o que les afectaren directa o indirectamente. Ello pese a que en el derecho comunitario europeo estos conceptos se han utilizado más restrictivamente que en el derecho contencioso-administrativo.

En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia europeo ha dicho, en relación al requisito que debe cumplir un particular para intentar un recurso de anulación -que sea destinatario de la norma

³⁷⁵ BREWER-CARIAS, *Estudios de...*, p. 229.

³⁷⁶ Para Schermers y Waelbroeck, en el caso de los particulares la nacionalidad de la parte es irrelevante. Los extranjeros tienen el mismo derecho de intentar el recurso que los nacionales de los Estados miembros (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 205).

impugnada o que ésta le afecte directa e individualmente-, que los Reglamentos por medio de los cuales se establecen derechos antidumping, no afectan directa e individualmente a los importadores que no están asociados al exportador, sean o no importadores exclusivos. El Reglamento le afecta, según el Tribunal, "no en razón de ciertas cualidades que le sean particulares o de una situación de hecho que le caracteriza respecto a cualquier otro sujeto, sino en razón tan solo de su condición objetiva de importador de los productos contemplados"³⁷⁷.

En otra sentencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dicho que una Decisión de la Comisión dirigida a un Estado miembro y autorizándole a excluir el futuro del tratamiento comunitario de los plátanos originarios de determinados terceros países y despachados en libre práctica en los demás Estados miembros, constituye, para el concepto de importadores de plátanos, una medida de alcance general que se aplica a situaciones objetivamente determinadas y produce efectos jurídicos para las categorías de personas contempladas de manera general y abstracta. En consecuencia, en criterio del Tribunal, la mencionada Decisión no afectaba individualmente, en el sentido del artículo 230 TCE, a una empresa importadora de plátanos, aunque antes de la adopción de dicha Decisión haya manifestado a la Comisión su oposición a toda medida de este orden y aunque haya presentado periódicamente solicitudes de licencias de importación³⁷⁸.

Así las cosas, en las Comunidades Europeas, a diferencia de la doctrina contencioso-administrativa, la concepción que se ha tenido de la legitimación activa de los particulares cuando se trata de actos generales ha sido muy restrictiva a la que puede caber si se entendiera la frase "le afecten directa e individualmente" en forma literal, tal como se hace en la doctrina administrativa a través de las ideas de interés legítimo y derecho subjetivo, afortunadamente ahora utilizados por el Tratado del Tribunal y que son conceptos más claros que las expresiones utilizadas por el tratado judicial de 1979 y por el actual Tratado de la Comunidad Europea.

En efecto, en el contencioso andino de nulidad se impone la acreditación de situaciones jurídicas subjetivas violadas, que la doctrina y jurisprudencia, tanto administrativa como comunitaria, han concretado en la lesión de un derecho subjetivo o al menos de un interés legítimo. El derecho subjetivo ha sido definido como "un poder de exigir, condicionado por la existencia de una obligación jurídica, la cual ha sido establecida en interés de un sujeto activo y en contra de un sujeto pasivo"³⁷⁹.

³⁷⁷ Sentencia TJCE, caso Electrimpex contra el Consejo (asunto 157/87), Recopilación 1990-7, pp. I-3021-ss

³⁷⁸ Sentencia TJCE, proceso Co-Frutta SARL vs. Comisión (asunto 191/88), Recopilación 1989-3, pp. 793 y ss.

³⁷⁹ BONNARD (citado por FARIAS MATA, *ob. cit.*, p. 7).

Este derecho subjetivo es siempre el resultado de una manifiesta relación jurídica previa entre la Administración y el administrado, surgida de un contrato, de una concesión, de un acto administrativo o de cualquier especie jurídica relevante a los fines de la creación de aquel derecho, vínculo que, al ser desconocido por la Administración, "deja al titular del derecho subjetivo nacido de esa relación en libertad (...) de exigir el restablecimiento de la legalidad alterada y subsiguientemente, el de su derecho"³⁸⁰.

Ahora bien, la noción de interés legítimo, que no deriva de una relación preexistente, se concibe como una especial situación de hecho, de una peculiar posición del administrado frente a la legalidad infringida, aún cuando no pueda él alegar que un derecho público en cabeza suya ha sido lesionado. Es así como la doctrina y jurisprudencia administrativas han reconocido en quien, por ejemplo, es vecino de una parcela en la que se concede un permiso para construir o para instalar un fondo de comercio con violación, por la Administración otorgante, del principio de legalidad, la capacidad de ese vecino para pedir la anulación del acto ilegal, que a él no va dirigido por cierto, y que, en rigor hace nacer un derecho subjetivo más bien en cabeza de otro, quien ningún interés tendría en reclamar favorecido por esta nueva adquisición que ha venido a enriquecer su patrimonio. La extensión de la legitimación para recurrir le viene dada al actor en estos casos precisamente por ese reconocimiento que el legislador hace de su cualidad de "vecino", la cual lo coloca en una especial situación de hecho frente a la legalidad infringida, especial si la comparamos con el resto de los administrados³⁸¹.

Resulta bastante clara la jurisprudencia venezolana en este aspecto. En efecto ha dicho la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela lo siguiente:

"No dejan los ordenamientos jurídicos en general (...) al libre arbitrio de los particulares la interposición de los recursos, sino que, por el contrario, generalmente imponen a éstos limitaciones para demandar. Lo contrario llevaría, como lo ha expresado la más tradicional doctrina procesal venezolana, a embarazar inmotivadamente el funcionamiento de los tribunales; limitación que, es justo reconocerlo, en parte desvirtúa el ideal de que todos pudiésemos recurrir contra cualquier actuación que consideráramos, acertadamente o no, ilegal; pero que, al mismo tiempo, preserva en cambio al juez de los llamados recurrentes de oficio que en todos los sistemas de justicia democrática proliferan.

Por mandato del legislador, pues, el juzgador se ve constreñido por el derecho positivo a examinar con prioridad la capacitación del demandante para actuar en juicio; en otras palabras, debe determinar con antelación -expresa o implícitamente- si el recurrente es o no persona legítima para intentar una acción.

³⁸⁰ FARIAS MATA, *ob. cit.*, p. 8.

³⁸¹ FARIAS MATA, *ob. cit.*, pp. 8-9.

La constante en Derecho Comparado, de la exigencia de una legitimación para recurrir responde sin embargo, a distintas exigencias, conforme con las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico positivo. Concretamente en el venezolano se distinguen:

Primera: Una legitimación activa excepcionalmente amplia -por comparación con otros sistemas- en el recurso de *inconstitucionalidad* (...). Conforme a ella quedan habilitados para interponer recursos de esta índole aun los *simples interesados*, es decir, cualquier persona capaz, venezolana o no, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos. Se trata entonces de una acción "popular" cuya consagración convierte el nuestro en un sistema excepcional dentro del Derecho Comparado. Y por cuanto sólo cuenta el salvaguardar la integridad de la norma, del propio sistema jurídico en suma -sin entrar en consideraciones subjetivas de quien intenta protegerlo mediante una acción-, la doctrina habla en este caso de un recurso "objetivo", abierto a todos.

Segunda: En el *Derecho Privado* la solución, en cambio, se nos presenta como enteramente opuesta: sistema subjetivo por excelencia, sólo se considera persona hábil para interponer un recurso al titular de un derecho subjetivo de índole privada. En ese sentido también nuestra más tradicional doctrina procesal ha interpretado el sentido y alcance del artículo 14 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos: "Pues que no se tiene acción sino cuando se tiene *derecho* a reclamar algo, claro es que no hay acción si no hay interés. Sería absurdo que una persona llame a juicio a otra sin más fin que el maltratarla y embarazar inmotivadamente los Tribunales. Ningún libelo puede dejar de expresar el objetivo de la demanda y las razones en que se funda, a fin de que su contexto demuestre o manifieste el interés que tiene el demandante; y decimos *legítimo* porque la pretensión del actor no puede en ningún caso ser contraria a derecho, ni tampoco desprovista de fundamento jurídico, por lo cual cuando se alegue tener interés basado sólo en el capricho del litigante o en *motivos de interés ajeno*, la acción no puede prosperar.

Tercera: En el procedimiento *contencioso-administrativo* de ilegalidad contra actos particulares la solución es intermedia: ni tan amplia como en el recurso de inconstitucionalidad, ni tan limitada como en el proceso civil. Habida cuenta de que cobra carácter prioritario la defensa del interés general o colectivo, son admitidos a recurrir en vía contencioso-administrativa: de una parte, *los titulares de derechos subjetivos administrativos*, es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos establecidos previa y especialmente por la Administración con el particular, en virtud de lo cual resulta justo que el afectado solicite la nulidad del acto ilegal lesivo y hasta la restauración de su derecho mediante dicho acto desconocido, por haberse irrumpido contra esos vínculos previos (contrato, concesión, permiso...); desconocimiento que configura la lesión de ese derecho subjetivo preexistente y de índole administrativo. Pero, además, detentan esa misma capacidad procesal para actuar en juicio los *interesados legítimos* -concepto diferente en Derecho Público del anteriormente expuesto-, es decir, aquellos particulares que sin ser titulares de derechos subjetivos administrativos se encuentren en una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley. Mas, aun permitiendo el acceso de los interesados legítimos -quienes aparecen en el proceso como defensores del interés general vulnerado por una situación administrativa- se trata sin embargo, todavía, de un sistema de recursos "subjetivos", pues se protege la integridad de la norma sólo en función de las situaciones jurídicas subjetivas igualmente alteradas."³⁸²

³⁸² Sentencia SPA-CSJ, de 3 de octubre de 1985, caso Iván Pulido Mora vs. Contraloría General de la República (véase BREWER-CARIAS y Ortiz Alvarez, *ob. cit.*, pp. 672-674).

A diferencia de las instituciones comunitarias y los Estados miembros, que pueden recurrir ante el Tribunal de Justicia sin demostrar ningún interés, tanto disposiciones de carácter general como actos administrativos *stricto sensu*, la jurisprudencia del Tribunal europeo en torno a la legitimación activa de los particulares ha sido muy restrictiva, en el sentido de limitarla *de facto* a estos últimos, excluyendo, pues, la posibilidad de recurrir directamente disposiciones generales³⁸³ aun en supuestos en los que era evidente la existencia de una afectación directa y particularizada de sus intereses³⁸⁴.

Así, como lo dice Alonso García³⁸⁵, circunscribiendo la afectación directa al hecho de que la disposición incida en la esfera jurídica del recurrente por sí misma, esto es, sin necesidad de mediación de actos de aplicación (*self-executing*) y la afectación individual a la incidencia específica en dicha esfera como consecuencia de las características de la disposición, el Tribunal, por ejemplo, ha negado la legitimación activa a un productor de glucosa para impugnar directamente un Reglamento por el que se obligaba a los productores de glucosa a pagar unas tasas en beneficio de los productores de azúcar³⁸⁶.

Asimismo, el Tribunal de Justicia europeo, respecto a un tratante de peras que hizo lo mismo que el anterior respecto de un reglamento por el que se fijaban las ayudas para los tratantes de peras, tampoco reconoció la legitimación activa de aquél pese a la incidencia de la norma en su esfera jurídica, con lo cual volvió a restringir el concepto establecido en el Tratado³⁸⁷.

Más llamativo aún es el caso de una Decisión de la Comisión adoptada sobre la base del artículo 115 TCE (política comercial), que no afectaría, por razón de la especificidad del producto en

³⁸³ Así también lo manifiestan Schermers y Waelbroeck cuando dicen que el Tribunal ha sugerido que la naturaleza del acto debe ser considerada primero para determinar la legitimación activa de los particulares. Si el acto es de carácter legislativo o normativo, los particulares no pueden atacarla en el Tribunal. Solamente cuando el acto no tiene ese carácter, pueden los particulares intentar un recurso de anulación contra este. Como ejemplo de esta posición del Tribunal, estos autores citan el caso *Compagnie Française* donde el Tribunal sostuvo que el acto impugnado tenía el carácter de regulación, por lo que rechazó la discusión de la cuestión que interesaba a los particulares (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 207).

³⁸⁴ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 358.

³⁸⁵ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 358.

³⁸⁶ Sentencia TJCE, caso *Kononklijke vs. Consejo y Comisión*, de 5 de mayo de 1977 (asunto 101/76), ECR. 797.

³⁸⁷ Sentencia TJCE, caso *Calpak vs. Comisión*, de 17 de junio de 1980 (asuntos 789-790/79), ECR. 1949.

cuestión, más que a un solo empresario, respecto al cual el Tribunal europeo consideró que no tenía legitimación activa para intentar el recurso de anulación³⁸⁸.

Alonso García destaca que el Tribunal, en definitiva, "verifica primero la posibilidad de determinar el número y la identidad de los posibles interesados; después, la existencia de caracteres que le son propios o de una situación de hecho que les individualice con relación a otros; y, finalmente, busca si esas condiciones fueron determinantes para la adopción del acto, o si, por el contrario, éste fue realmente adoptado con vistas a regular una situación objetiva (...), en cuyo último caso negará la legitimación activa al particular"³⁸⁹.

En virtud de lo anterior, no le queda más remedio al particular de las Comunidades Europeas sino esperar a los actos de aplicación, sean nacionales o comunitarios, por quedar apartado por el Tribunal de Justicia de la posibilidad de recurrir directamente las disposiciones generales y una vez recurridos aquéllos, podrá alegar la ilegalidad de la disposición general que les sirve de cobertura, ya sea a través de la cuestión prejudicial de validez o por la vía de la excepción de ilegalidad.

Sin embargo, para los autores andinos, la legitimación activa de los particulares cuando se trata de disposiciones de carácter general debe ser apreciada por el Tribunal de Justicia con criterio amplio³⁹⁰. Y aún para los propios europeos, como el español Ricardo Alonso García, para quien es evidente que los términos del artículo 230 TCE ofrecen una flexibilidad suficiente como para permitir una construcción de la legitimación activa de los particulares a partir de parámetros de afectación directa de intereses frente a afectaciones de carácter difuso, sin llegar hasta el extremo que ha llegado el Tribunal de Justicia, máxime si se tiene en cuenta que es un hecho constatado la flexibilidad próxima al puro activismo que preside la interpretación por el Tribunal de las reglas reguladoras del sistema jurisdiccional comunitario, que incluso llegó a declarar en la sentencia TJCE *Plaumann vs. Comisión* de 15 de julio de 1963 (asunto 25/62), con relación al propio artículo 173 (ahora art. 230 TCE) y la legitimación activa de los particulares, que el precepto debía recibir "la más amplia interpretación", añadiendo que "las disposiciones del Tratado relativas al derecho de las partes interesadas en recurrir no deben interpretarse restrictivamente"³⁹¹.

³⁸⁸ Sentencia TJCE, caso *Spijker Kwasten BV vs. Comisión*, de 4 de julio de 1983 (asunto 231/82), ECR. 2559.

³⁸⁹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 359.

³⁹⁰ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 89.

³⁹¹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 360-361.

El Tribunal andino ha dicho que cuando los particulares intentan la acción de nulidad consagrada en su favor por el derecho andino, "surge entonces la necesidad de que, antes que nada, demuestren a cabalidad que tienen interés para actuar, de lo cual ha de depender lógicamente su *legitimatio ad causam*"³⁹². Esta legitimación ha sido definida como "la concurrencia de la cualidad de obrar, que aparece en función de la pretensión formulada, requiriendo una actitud específica y determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una litis especial y concreta"³⁹³.

Según el Tribunal, enseña la doctrina procesal a este respecto, que dicho interés debe ser "substancial, subjetivo, serio y actual". Ha de ser un interés substancial concreto por cuanto debe existir en cada caso especial "respecto de una determinada relación jurídica material" que haya tenido origen en la norma demandada. Se dice, además, que ese interés debe ser actual por cuanto las simples expectativas o los eventuales y futuros derechos o perjuicios, que pueden llegar a existir si sucede algún hecho incierto, no otorgan interés serio y actual, puesto que no se encuentran objetivamente tutelados por la norma en cuestión". No existe, pues, continúa el Tribunal, "interés serio y actual si tanto el hecho de que puede originarse el derecho y la obligación, como estos mismos en el caso de que aquél suceda, son eventuales o inciertos, o si se trata de simples expectativas que el derecho objetivo no tutela"³⁹⁴.

En relación con el interés jurídico (legitimación para actuar), en el caso concreto de la acción de nulidad en cabeza de los particulares, el artículo 37-c) del Estatuto del Tribunal establece que la correspondiente demanda deberá llevar anexa necesariamente el "ofrecimiento" de prueba de que la norma le es aplicable y le causa perjuicios a la persona natural o jurídica que la intenta. Respecto a esta norma, el Tribunal ha dicho que el término "ofrecer" que utiliza la misma quiere decir "presentar", por lo que la persona natural o jurídica que intenta una acción de nulidad "está en la perentoria obligación de demostrar su interés jurídico, del cual depende su legitimación para actuar, "presentando", anexa a su demanda, la prueba de que la norma que considera nula "le es aplicable y le causa perjuicio". En ausencia de esta comprobación, el Tribunal no estaría autorizado procesalmente para dar inicio al correspondiente *proceso*"³⁹⁵.

³⁹² Sentencia TJCA de 28 de mayo de 1992, proceso 1-N-92, GOAC N° 110 de 11 de julio de 1992 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 12).

³⁹³ Sentencia TJCA de 15 de junio de 1992, proceso 3-N-92, GOAC N° 112 de 24 de junio de 1992 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 27).

³⁹⁴ Sentencia TJCA de 15 de junio de 1992, proceso 3-N-92, GOAC N° 112 de 24 de junio de 1992 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 28).

³⁹⁵ Sentencia citada por PICO MANTILLA, Galo, "El acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria" (conferencia dictada en el Seminario Judicial realizado en Caracas el 17 y 18 de junio de 1993, organizado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Consejo de la Judicatura de la

En conclusión podemos decir en relación con la legitimación activa de las personas naturales o jurídicas que se trata de unos demandantes no privilegiados, es decir, que tienen que demostrar un interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo, lo cual, al igual que en el contencioso-administrativo, debería ser interpretado en forma amplia, distinto a lo que ha sucedido en la jurisprudencia de las Comunidades Europeas, para permitir que no solamente puedan impugnar las normas generales, y por supuesto las de carácter individual, los legitimados privilegiados -el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General, y los Estados miembros cuando no hayan votado afirmativamente en la adopción de los actos o convenios- sino también los particulares cuando se encuentren en una especial situación de hecho frente a la norma impugnada o cuando afecte sus derechos subjetivos, para que no tengan que esperar, como en las Comunidades Europeas, a que se dicten las normas de ejecución, ya sean comunitarias o nacionales.

2.1.4. Los efectos de la sentencia en la acción de nulidad

La sentencia que declara con lugar una acción de nulidad declara la invalidez y por supuesto la nulidad del acto o convenio impugnado. En virtud de la presunción de validez de los actos comunitarios, la sentencia tiene carácter constitutivo³⁹⁶ ya que priva de efectos jurídicos a un acto o a un convenio que antes tenía plenos efectos por considerarse válido³⁹⁷. Por esto, la sentencia extingue y hace desaparecer del ordenamiento jurídico a los actos irregulares, pero no sus efectos.

República de Venezuela), p. 12.

214 En este sentido, ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 98. y pareciera que NIETO en "Estudio Preliminar" en BELADIEZ ROJO, *ob. cit.*, pp. 16-17 cuando dice que realmente los actos administrativos son válidos hasta que un órgano jurisdiccional o administrativo declara lo contrario y mientras no tenga lugar esa declaración, tales actos no es que se presumen como válidos sino que son válidos por muy graves que sean sus vicios.

Considera Nieto que él no alcanza a comprender las diferencias que, desde la perspectiva de su régimen jurídico que es lo que interesa, median entre ser válido y presumirse válido. "Si el Derecho trata a los actos como si fueran válidos", continúa Nieto, "es indiferente (para el pasado) que luego venga un Tribunal y los declare inválidos por nulidad absoluta si tenemos en cuenta que los efectos producidos siguen valiendo". Para Nieto, "la distinción entre efectos *ex tunc* y efectos *ex nunc* es un mito del que hay que desprenderse cuanto antes de la misma manera que ya nadie cree, desde hace mucho tiempo, en el otro mito de que los actos nulos no pueden producir efectos: si todo esto fuera cierto, no habría necesidad de impugnar los actos administrativos viciados de nulidad (NIETO, "Estudio Preliminar" en BELADIEZ ROJO, *ob. cit.*, p. 16-17).

Pareciera entonces que, según Nieto, la sentencia que declara la nulidad de un acto cambia una realidad jurídica y crea una nueva al considerar que el acto anulado antes de serlo por el órgano competente era válido y no que se presumía válido ya que antes de esa declaración judicial o administrativa tenía plenos efectos jurídicos que por el hecho de esta declaración no desaparecen del mundo jurídico.

³⁹⁷ Para la mayoría de los autores la sentencia de nulidad tiene efectos declarativos porque consideran

Nótese que hemos dicho que la sentencia de nulidad declara la invalidez y la nulidad de un acto o convenio ya que también puede darse, como sucede en Europa con la cuestión prejudicial de validez y en la Comunidad Andina con la mal llamada excepción de ilegalidad (tercer párrafo art. 20 TTA), que el Tribunal comunitario se limite a declarar la invalidez de una norma sin implicar su nulidad, lo que sólo conlleva su inaplicación en el caso concreto por lo cual la norma declarada inválida no desaparecerá del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en la práctica hay que reconocer que en Europa la declaración de invalidez de una norma comunitaria por el Tribunal de Justicia, si bien no tiene efectos *erga omnes* sino sólo en el juicio para el que se ha pedido la consulta a través de la cuestión prejudicial de validez, se produce una especie de inaplicación de aquella categoría -en todos los casos futuros- por el carácter vinculante que tiene la jurisprudencia comunitaria para los tribunales nacionales.

Tal como en las Comunidades Europeas, la sentencia de nulidad andina produce efectos *erga omnes* y obliga al órgano comunitario cuyo acto fue anulado a "adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, dentro del plazo fijado por el propio Tribunal" (art. 22 TTA)³⁹⁸. Ahora bien, esto último de ninguna manera quiere decir que hasta que el órgano comunitario no derogue el acto, el mismo sigue existiendo o que la sentencia de nulidad sólo sea un mandato al órgano comunitario para que haga desaparecer el acto anulado. La sentencia de nulidad vale por sí misma para retirar el acto de la vida jurídica. A lo que obliga el artículo 22 TTA, que equivale al artículo 233 TCE, es a que el órgano comunitario restaure la situación existente a la de

que la misma lo que hace es declarar una situación preexistente, que por el principio de presunción de validez no puede considerarse como tal hasta que no lo haga un órgano administrativo o judicial. Esto es claro especialmente si la sentencia considera que la nulidad tiene efectos retroactivos desde la fecha de la emisión del acto por considerar que el mismo nunca ha existido porque el vicio era muy grave para que ello haya ocurrido.

Sin embargo, la duda está en que en muchos casos, pese a la gravedad del vicio del acto, el Tribunal considera válidos los efectos hasta la fecha de la sentencia e incluso hasta un tiempo posterior cuando así lo considera conveniente por razones de interés público. En estos casos pareciera entonces que la sentencia de nulidad tiene efectos constitutivos porque crea una situación jurídica nueva al declarar un acto como inválido, que no antes no lo era, hasta el punto que puede declarar que ciertos efectos del acto anulado son válidos. Y es que aun cuando el tribunal declara que el acto anulado nunca existió y por lo tanto los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de su emisión, es imposible declarar inválidos todos los efectos del acto anulado y de allí la imposibilidad de considerar al acto anulado como si nunca hubiese existido. Por esta razón es que gran cantidad de sentencias en las jurisdicciones contencioso-administrativas del mundo y en la propia jurisdicción comunitaria europea han considerado como válidos los efectos de actos anulados, aun adoleciendo de vicios de nulidad absoluta, sin contar los casos en los que han pretendido borrar el acto del ordenamiento jurídico pero han subsistido efectos que un tribunal no puede borrar con ficciones jurídicas

³⁹⁸ En igual sentido los artículos 231 y 233 TCE.

antes de que el acto impugnado produjera sus efectos, retirando en su caso los actos adoptados en ejecución de aquél³⁹⁹.

Pese a la similar redacción del segundo párrafo del artículo 22 TTA con el primer párrafo del artículo 27 TTA⁴⁰⁰, contenido éste último en la acción de incumplimiento, sin embargo por el Tribunal de Justicia carecer de facultades anulatorias del acto que constituye el incumplimiento, es el Estado incumplidor el que debe adecuar su derecho al ordenamiento jurídico comunitario en los términos que establezca la sentencia, por lo que es el Estado y no el Tribunal el que debe hacer desaparecer los actos incumplidores del mundo jurídico ya que la sentencia de incumplimiento no es suficiente para ello, tal como ocurre en las Comunidades Europeas (arts. 228.1 y 233 TCE).

El Tratado del Tribunal andino permite, pese a tener las sentencias carácter constitutivo como ya vimos, dar a las sentencias de nulidad efectos retroactivos ya que dispone que cuando el Tribunal "declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo" (art. 22 TTA). Obviamente, este efecto retroactivo se declarará o no dependiendo de la gravedad del vicio detectado en el acto o convenio impugnado, para lo cual es útil la teoría de las nulidades según la cual si la gravedad del vicio observado es muy importante, como serían la incompetencia manifiesta, la imposible o ilegal ejecución, la inexistencia absoluta y total de procedimiento, la violación de derechos fundamentales, entre otros, se debe considerar al acto o convenio como nulo de nulidad absoluta y por lo tanto como si nunca hubiese existido, con lo cual se le priva de efectos jurídicos no sólo hacia el futuro sino también hacia el pasado. Sin embargo, en muchos casos, actos anulados por nulidad absoluta se les dan efectos hacia el pasado por razones de interés general.

Estos efectos retroactivos de la sentencia de nulidad muchas veces pueden lograrse sólo en la teoría porque habrá efectos que serán imborrables del mundo jurídico así lo diga una sentencia. Ahora bien, cuando el acto o convenio adolece de un vicio menos grave que no le haya impedido nacer, como pudiera ser un vicio de forma que no implique indefensión, la nulidad deberá regir sólo hacia el futuro si no es convalidable. Al mismo tiempo, es posible que, pese a tratarse de un vicio grave, el Tribunal decida darle efectos al acto anulado hasta una fecha posterior a la sentencia, tal como lo permite el artículo 231 TCE cuando expresa que respecto a los Reglamentos, "el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos", lo cual resulta enteramente aplicable en el sistema jurisdiccional comunitario andino cuando

³⁹⁹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 377.

⁴⁰⁰ El primer párrafo del artículo 27 TTA dice: "Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación".

el Tratado del Tribunal dice que cuando éste declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, "señalará los efectos de la sentencia en el tiempo" (art. 22 TTA), lo cual, de paso, es una facultad más amplia, desde el punto de vista de los efectos de la sentencia, que la limitada posibilidad que tiene el Tribunal europeo en el mismo tema ya que el artículo 231 TCE la restringe a los Reglamentos.

Sin embargo, las facultades al Tribunal de Justicia establecidas en este último artículo del Tratado de la Comunidad Europea han sido consideradas jurisprudencialmente en forma más amplia, tal como puede hacerse en la Comunidad Andina. Ello lo podemos observar cuando el Tribunal europeo consideró posible reconocer a una sentencia anulatoria una eficacia prospectiva, dando por válidos los efectos de la disposición anulada hasta la fecha de la sentencia. Esto sucedió, por ejemplo, en la sentencia en la que el Tribunal, ampliando el ámbito de aplicación del actual artículo 231 TCE, aplicándolo, además de los Reglamentos, a los actos susceptibles de producir efectos jurídicos, anuló la Resolución del Presidente del Parlamento Europeo que aprobó el presupuesto comunitario para 1986, declarando no obstante que la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público europeo, así como razones de seguridad jurídica, justificaban la consideración como definitivos de los pagos realizados y los compromisos comenzados a ejecutar antes de la fecha de la sentencia⁴⁰¹.

Igualmente, pese a que el artículo 231 TCE pareciera no permitir sino que el Tribunal determine los efectos de la nulidad respecto al período comprendido entre la adopción de la disposición y la fecha de la sentencia anulatoria, lo cierto es que el Tribunal no ha dudado en extender su poder de definición hacia el futuro, manteniendo en vigor los efectos del reglamento anulado para un ejercicio posterior a su sentencia, en tanto no se adoptaran las medidas de ejecución de la misma. Fue el caso de una sentencia en la que el Tribunal, tras anular determinadas disposiciones de un reglamento de adaptación de remuneraciones y de pensiones de los funcionarios y otros agentes de la Comunidad, sostuvo que "sin embargo, con el fin de evitar una discontinuidad en el régimen de remuneraciones, ha lugar el mantenimiento en vigor de los efectos de las disposiciones de los reglamentos anuladas, relativas a la adaptación de remuneraciones de funcionarios comunitarios hasta el momento en que el Consejo haya dictado las medidas que está obligado a adoptar para asegurar la ejecución de la presente sentencia"⁴⁰².

Ricardo Alonso García destaca que, en definitiva, la continuidad del régimen de remuneraciones, la anulación de una disposición por defecto y no por exceso, el desbarajuste en

⁴⁰¹ Sentencia TJCE de 3 de julio de 1986, caso Consejo vs. Parlamento Europeo (asunto 34/86), ECR. 2155

⁴⁰² Sentencia TJCE de 6 de octubre de 1982 (asunto 59/81), ECR. 3329.

determinados supuestos de todo un ámbito jurídico ante el vacío legal que pueda producir la expulsión inmediata del ordenamiento de la norma anulada, la necesidad de continuidad de un servicio público, etc., "son principios jurídicos que en casos concretos pueden no ya aconsejar, sino exigir el mantenimiento de la eficacia de la norma anulada en tanto no sea sustituida por otra acorde con el ordenamiento jurídico, corriendo el riesgo, de lo contrario, de caer en un remedio peor que la enfermedad"⁴⁰³.

Como podemos observar, los efectos de la sentencia de la acción de nulidad se emparentan en forma muy cercana con la de los recursos contencioso-administrativos de anulación en la que, o bien se confirma el acto o convenio o se anula la actuación recurrida y si se anula, el Tribunal tiene facultades para determinar los efectos de los actos anulados que pueden mantenerse, ya sean del pasado o del futuro, tomando en cuenta la gravedad del vicio detectado y el interés general. De la misma manera, la declaratoria de nulidad puede ser sólo parcial o total, caso en los cuales el Tribunal también deberá declarar los efectos de la sentencia en el tiempo.

En los casos en los que el Tribunal andino ha dictado sentencia en acciones de nulidad, declarando nulos los actos impugnados, se ha decidido, o bien que la sentencia de anulación tenga efecto desde la fecha de expedición del acto⁴⁰⁴, esto es, como si nunca hubiera existido, o bien que la decisión del Tribunal tendrá efecto hacia el futuro⁴⁰⁵. Es decir, no solamente el Tribunal puede decidir los efectos de la sentencia entre la fecha de emisión del acto anulado y la de la sentencia, sino que también podría el órgano judicial darle efectos al acto anulado hacia el futuro, cuando razones de interés público así lo exigieran, como sería el caso de evitar un vacío legal.

⁴⁰³ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 380.

⁴⁰⁴ Sentencia TJCA de 10 de junio de 1987, proceso 1-N-86 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, pp. 59 y ss). En esta sentencia el Tribunal dejó expresado que "[e]n cumplimiento de lo previsto en el artículo 56 del Estatuto, el Tribunal dispone que los efectos de esta sentencia se cumplirán a partir del 16 de abril de 1986, fecha en que se dictó la Resolución 252 demandada". En esta sentencia el Tribunal declaró la nulidad parcial de la resolución impugnada.

Similar decisión adoptó el Tribunal andino en otro caso cuando dejó sentado que "[d]e conformidad con las previsiones del artículo 22 del Tratado y 56 del Estatuto se dispone que los efectos de esta sentencia se cumplirán a partir del 16 de abril de 1986, fecha en que se dictó la Resolución 253", la cual fue declarada parcialmente nula (sentencia TJCA de 10 de junio de 1987, proceso 2-N-86 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, pp. 85 y ss.).

⁴⁰⁵ Sentencia TJCA de 10 de octubre de 1985, proceso 1-N-85 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, pp. 29 y ss.). En esta sentencia, el Tribunal dijo, luego de declarar la nulidad total de la resolución impugnada, que "[e]sta nulidad comenzará a producir sus efectos a partir del día siguiente al de su lectura en audiencia". Similar declaración hizo el TJCA en sentencia de 28 de enero de 1993, proceso 4-N-92 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, pp. 33 y ss.).

En todo caso, el Tribunal, independientemente de la causa de la nulidad declarada, tomará en cuenta la incidencia que pueda tener tal declaratoria en la vida práctica de los ciudadanos, por lo que más allá de la pura legalidad de la cuestión, el Tribunal debe ver el efecto de la nulidad sobre el interés general, de manera que no sólo ésta es importante para determinar si hay nulidad o no como ya vimos, sino que también, una vez detectada la nulidad, el interés general determinará los efectos de la sentencia en el tiempo, en lo cual la pura ilegalidad quedará en un segundo plano para salvaguardar los intereses colectivos.

2.1.5. Otros aspectos de la acción de nulidad

Nos queremos referir ahora a concretos aspectos de la acción de nulidad andina que por no tener particularidades especiales, hablaremos de ellos en forma sucinta seguidamente:

2.1.5.1. Plazo para intentarla

Según el artículo 20 TTA, la acción de nulidad deberá ser intentada dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción.

Como puede observarse, pese a tener la acción de nulidad una finalidad de depuración del ordenamiento jurídico comunitario, por lo cual, como sucede en los recursos de inconstitucionalidad, no debería tener plazo alguno para intentarla, sin embargo, el Tratado ha considerado conveniente establecerlo con fines de seguridad jurídica⁴⁰⁶, resolviendo así el conflicto que se presenta entre dos intereses contrapuestos: por un lado, la protección de la legalidad del ordenamiento jurídico comunitario, y por el otro, garantizar la estabilidad de las situaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas por el derecho andino⁴⁰⁷.

Lo grave de esta situación era que antes de que fuese reformado el Tratado del Tribunal en 1996, el plazo original para intentar la acción de nulidad era más corto (1 año) y no había la posibilidad de solicitar la inaplicabilidad de una Decisión o Resolución ilegal cuando ya había vencido el lapso, tal como siempre se ha permitido en las Comunidades Europeas (art. 234 TCE). Hoy, afortunadamente, el plazo para intentar la acción de nulidad andina se ha ampliado a dos años y en el caso de que hubiere

⁴⁰⁶ En este sentido URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 142 y ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 90.

⁴⁰⁷ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 90.

expirado este plazo, las partes en un litigio que se hubiere planteado ante jueces nacionales pueden solicitar a los mismos la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto (art. 20 TTA), siempre que el mismo se relacione con su aplicación y su validez se cuestione conforme a lo dispuesto en el artículo 17 TTA, esto es, por violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.

Ya dijimos en un aparte anterior que, si bien esta posibilidad de solicitar la inaplicación de una norma comunitaria, establecida en el segundo párrafo del artículo 20 TTA, se le ha llamado excepción de ilegalidad, como si fuese equivalente a la figura prevista en el artículo 241 TCE, realmente, en nuestro criterio, tal solicitud tiene que ver más con la cuestión prejudicial de validez europea (art. 234 TCE). Ello porque, al igual que la cuestión prejudicial de validez europea, la solicitud debe hacerse ante el juez nacional que conozca de un litigio planteado por las partes, no ante el propio Tribunal de Justicia como en la excepción de ilegalidad europea, y seguidamente a la solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional debe consultar acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y deberá suspender el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél (art. 20, tercer párrafo, TTA).

Ahora bien, independientemente de que sea o no una verdadera excepción de ilegalidad en los términos comunitarios europeos, se trata de una posibilidad de inaplicabilidad de una norma en el caso de que haya caducado la acción de nulidad, lo cual es más importante si tomamos en cuenta que la acción de nulidad no está abierta a todos los particulares por requerirse el interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo, por lo que serán muchos los particulares que al momento de dictar la norma general no sean afectados por ella o no puedan intentar la acción, pero luego al dictarse el acto individual ello sí ocurra y muy probablemente ya haya expirado el plazo de la acción de nulidad contra la norma.

En todo caso, esta excepción de inaplicabilidad evita que el particular tenga que demostrar su especial situación jurídica frente a la norma, en lo que el Tribunal de Justicia europeo ha sido muy estricto por cierto, y puede actuar en forma más concreta y segura en el litigio específico en el que se pretenda aplicar la norma supuestamente ilegal, solicitando en primer lugar la inaplicabilidad de la misma.

Tal como sucede en las Comunidades Europeas en la cuestión prejudicial de validez, la ilegalidad declarada por el Tribunal de Justicia, en principio, sólo será aplicable al caso concreto, sin que ella signifique que desaparece la norma del mundo jurídico ya que el Tribunal de Justicia no tiene facultades anulatorias en esta vía judicial, pero obviamente en virtud de la obligatoriedad que tiene la

jurisprudencia de este tribunal para los jueces nacionales, en los hechos y para el futuro tal declaratoria de invalidez tendrá los efectos *de facto* de una nulidad.

Ahora bien, desde el punto de vista práctico, es oportuno dilucidar a partir de qué fecha debe contarse el plazo para intentar la acción de nulidad. Según el artículo 20 TTA, esta acción deberá ser intentada dentro de los dos años siguientes "a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción".

Según el artículo 2 TTA, las Decisiones "obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina". Pero al mismo tiempo, el artículo 3 TTA dispone que "[l]as Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior".

Finalmente, el artículo 3 TTA dice que, cuando su texto así lo disponga, "las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro"⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Hemos sostenido que esta disposición del Tratado del Tribunal andino no debe interpretarse como una contradicción con la naturaleza jurídica de la Comunidad Andina ya que cuando el órgano comunitario así lo considere conveniente, no el Estado miembro basado en su ordenamiento jurídico, podrá decidir que su Decisión no entre en vigencia inmediatamente, como es la regla, sino luego de que los Estados miembros hayan dictado ciertas normas internas que se consideren necesarias y convenientes para que la aplicación de la norma comunitaria sea más efectiva. No se trata de esperar que la norma andina se convierta o sea transformada en derecho interno sino que se mantiene en suspenso su vigencia para una oportunidad más conveniente, esta es, cuando los Estados miembros dicten ciertas reglas necesarias para su aplicación efectiva.

Pero, en todo caso, esta es una decisión del órgano andino, tomando en cuenta el interés comunitario y no considerando lo expresado por el ordenamiento jurídico interno de los países, que siempre debe permitir la aplicación directa e inmediata de la norma comunitaria.

Igualmente, la forma de las normas internas que requiera el acto comunitario para su aplicación no necesariamente deberá ser la de leyes como siempre lo exige el derecho internacional público como una forma de convertir la norma internacional en interna, sino que el Estado miembro, una vez ocurrida la emanación del acto por el órgano comunitario, lo que debe hacer es dictar las normas internas, de cualquier nivel que sean necesarias de acuerdo con el derecho interno, pudiendo ser inclusive actos administrativos, para permitir la aplicación efectiva del derecho comunitario.

En todo caso, la frase "incorporación al derecho interno" debe ser interpretada de acuerdo con el derecho comunitario y no como se hace en el derecho internacional en el sentido de conversión, transformación o recepción de la norma comunitaria en norma nacional ya que en este tipo de actos no es necesaria la conversión, transformación o recepción aludida para su aplicación nacional sino que lo que se busca con esta expresión del artículo 3 TTA es solo una aplicación efectiva en los Estados miembros de la norma comunitaria.

Claro está, esta situación deberá ser excepcional y en casos muy particulares ya que la regla siempre deberá ser que el derecho comunitario andino se aplique directamente en los países miembros desde

Como puede verse, no está clara la situación⁴⁰⁹. Ello porque, en el caso de las Decisiones, éstas obligan a los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el órgano comunitario, pero al mismo tiempo las mismas son aplicables directamente en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Con las Resoluciones no hay problema ya que todas son directamente aplicables desde el momento de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, sin hacer el Tratado ninguna otra distinción.

Creemos que para responder a esta duda hay que distinguir entre los posibles accionantes⁴¹⁰, estos son, los órganos comunitarios, los países miembros y los particulares, de manera de determinar el comienzo del plazo para intentar la acción de nulidad. Si es un país miembro el que quiere intentar la acción contra una Decisión, el plazo deberá contarse desde la fecha en que sea aprobada la misma por el órgano andino, que es cuando es obligatoria para los países miembros porque éstos están representados en los órganos intergubernamentales que la dictan y por consiguiente conocen la norma desde que es aprobada en el seno del órgano de que se trate (art. 2 TTA).

Ahora bien, cuando se trata de un particular el que quiere intentar la acción de nulidad contra una Decisión, éste puede intentarla a partir de la fecha de la publicación de la misma en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, a menos que ella señale una fecha posterior, que es cuando es directamente aplicable a aquél (art. 3 TTA). Antes de eso, las Decisiones sólo son obligatorias para los países miembros porque éstos participan en el proceso de su adopción.

De la misma manera, cuando sean el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General los que quieran intentar la acción de nulidad, consideramos que el

que la norma sea publicada en el órgano oficial de la Comunidad Andina y que tenga primacía sobre el derecho interno (al respecto ver ANDUEZA, *El Tribunal del...*, pp. 69-73).

⁴⁰⁹ Brewer-Carías resuelve la cuestión diciendo que conforme a lo indicado por el artículo 3 TTA, "la entrada en vigencia de las Decisiones y Resoluciones es a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo (...), a menos que las mismas señalen una fecha posterior" (BREWER-CARIAS, *ob. cit.*, p. 230).

⁴¹⁰ En similar sentido SACHICA cuando dice lo siguiente: "Asunto que se oscurece, adicionalmente, con la disposición, ya reseñada, del artículo 2 del Tratado en relación con el artículo 3, pues distingue entre la fecha en que las Decisiones se hacen aplicables en los países miembros y aquella en que obligan a tales países, la cual, con toda lógica, es la de su aprobación en la Comisión. Si bien es cierto que se trata de dos efectos distintos de las Decisiones, los de los países entre sí y los destinados a sus habitantes, parecería que existen dos fechas de vigencia, según los sujetos obligados, con la consiguiente confusión a los efectos de los términos de caducidad de la acción" (SACHICA, "La acción de nulidad en...", *ob. cit.*, p. 58).

plazo para intentarla debe contarse desde la fecha de la publicación de la Decisión, que es cuando el acto comunitario comienza a ser obligatoria para todos los interesados andinos porque no pueden enterarse de su existencia de otra forma como los particulares, salvo para los Estados miembros por las razones antedichas.

Con respecto a las Resoluciones, aparte del caso de los países miembros y los particulares, que deberán intentar la acción de nulidad a partir de la fecha en que sean directamente aplicables a ellos, esto es, a partir de la fecha de la publicación de las mismas en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que ésta señale una fecha posterior (art. 3 TTA), consideramos que el plazo para intentar una acción de nulidad por los órganos comunitarios es igualmente desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, que es cuando éstos pueden conocerla, a menos que se trate de una acción de nulidad intentada por mismo órgano que la dictó -la Secretaría General-, caso en el cual el plazo debe contarse desde que la misma ha sido adoptada.

2.1.5.2. Los efectos de la interposición de la acción de nulidad

De acuerdo con el artículo 21 TTA, la interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o convenio impugnados.

Sin embargo, el artículo 21 TTA en su segundo párrafo permite que el Tribunal, previo afianzamiento si lo considera necesario, pueda ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva.

Como vemos, la situación en la Comunidad Andina respecto a los efectos de la interposición de la acción de nulidad es casi la misma que la que se da en el sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas donde el Tratado dispone que los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia "no tendrán efecto suspensivo" (art. 242 TCE). Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado (art. 242 TCE). Igualmente, el Tribunal de Justicia "podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo" (art. 243 TCE).

Antes de la reforma del Tratado andino en 1996, a través del Protocolo Modificadorio de Cochabamba⁴¹, no era posible que el Tribunal suspendiera los efectos del acto impugnado, ni adoptara

⁴¹ Esta modificación entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

medidas cautelares, en virtud de que se consideraba que no era compatible con la presunción de legalidad de la que gozan los actos comunitarios hasta tanto no sean declarados como nulos por los Tribunales y porque la promulgación de un acto impone a la organización comunitaria el deber de hacer que el mismo se cumpla, no obstante la oposición judicial del recurrente. Esto se sigue considerando cierto, pero en casos excepcionales es necesario que el Tribunal, para evitar daños mayores al accionante no reparables, pueda suspender los efectos del acto impugnado o tomar medidas cautelares.

Andueza expresa que la prohibición de suspender los efectos de las Decisiones y de las Resoluciones impugnadas se explicaba por los efectos generales que ellas producen⁴¹². Esos actos abarcan un universo indeterminado de destinatarios y la suspensión vendría a paralizar la ejecución de los mismos y a dejar sin soporte jurídico los derechos y obligaciones constituidos por terceros en aplicación de esas normas. Los daños que produciría la suspensión, se consideraba en aquel momento, serían mayores que los que se querían evitar⁴¹³.

En todo caso, se trató de una prohibición -la de suspender los efectos del acto recurrido- que fue muy criticada por los autores estudiosos del tema. Por ejemplo, el colombiano Luis Carlos SÁCHICA consideró que tal exclusión "no resulta congruente ni fundada en razones de equidad" porque, de una parte, "le exige a los particulares que demuestren que el acto que denuncian les es aplicable y puede perjudicarlos y, por otra, ignora esa circunstancia, tanto para no concederles la posibilidad de pedir su suspensión, cuando la violación de la norma superior es ostensible y aparece patente de la simple comparación entre ésta y aquél, como para no haber incluido en el sistema de control de legalidad la posibilidad de obtener la satisfacción de los daños originados en actuaciones ilegales de los órganos del Acuerdo"⁴¹⁴.

Tal como en las Comunidades Europeas (arts. 242 y 243 TCE), los preceptos aludidos del Tratado de Creación del Tribunal que permiten la suspensión de los efectos del acto impugnado y dictar medidas cautelares permiten al juez comunitario ejercitar el papel de garante provisional del respeto de la legalidad comunitaria mientras resuelve el litigio del cual está conociendo, tanto por la Comunidad como por los Estados miembros.

⁴¹² Para SÁCHICA, quizá la prohibición de suspender los efectos de los actos impugnados en acción de nulidad "pueda basarse en que, de haberse reconocido la facultad para obtener la suspensión provisional, se estaría abriendo la posibilidad de que los propios países miembros paralizaran la acción integradora por intereses nacionales" (SACHICA, "La acción de nulidad en...", *ob. cit.*, p. 66).

⁴¹³ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, pp. 91-92.

⁴¹⁴ SACHICA, "La acción de nulidad en...", *ob. cit.*, p. 66.

Ahora bien, esta garantía por el juez comunitario, de carácter incidental y provisional, tal como lo considera Alonso García, "se fundamenta no tanto en una defensa abstracta de la legalidad comunitaria, como en una defensa concreta de los intereses de las partes en el proceso que, de no obtener la pertinente medida cautelar por el Tribunal de Justicia en tanto éste resuelve el proceso, podrían encontrarse con una decisión judicial estimatoria de sus pretensiones, pero ineficaz como consecuencia de la duración del proceso; de lo que se trata, en definitiva, es de "asegurar la efectividad de la declaración jurisdiccional que ponga fin al proceso principal, manteniendo o creando la situación de hecho que la haga posible"⁴¹⁵.

Si bien no ha habido oportunidad en la que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se haya pronunciado sobre las características, alcance y requisitos de las medidas cautelares, creemos que puede ser aplicada a nivel comunitario andino la doctrina jurisprudencial que se ha formado en Europa y que resulta bastante útil. Son dos los requisitos de fondo que se ha dicho en Europa que con carácter acumulativo debe tener la concesión de una medida cautelar, de manera que sólo una vez que la condición de urgencia esté satisfecha, deberá el juez analizar si, además, "son serios los fundamentos de hecho y de derecho alegados en apoyo de la pretensión principal"⁴¹⁶.

Por lo que se refiere a la urgencia, el Tribunal de Justicia europeo la ha ligado al perjuicio grave e irreparable que, de no concederse la medida cautelar, provocaría en el demandante la duración del proceso (*periculum in mora*), convirtiendo en ineficaz una decisión final a su favor en cuanto al fondo⁴¹⁷.

En cuanto a la apariencia de seriedad de las alegaciones de la pretensión principal (*fumus boni iuris*), el Tribunal exigió, en un primer momento, "una fuerte presunción en favor de la procedencia de la demanda principal"⁴¹⁸ o que "el recurso principal se presente como manifiestamente fundado"⁴¹⁹, pero luego, a partir de 1975, el Tribunal se ha contentado con que "algunos elementos básicos del recurso

⁴¹⁵ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 483.

⁴¹⁶ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 485.

⁴¹⁷ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 485.

⁴¹⁸ Sentencia TJCE de 20 de octubre de 1959, caso Von Lachmüller (asunto 43-45/59), ECR. (1960) 489.

⁴¹⁹ Sentencia TJCE de 25 de junio de 1963, caso Prakash vs. Comisión (asuntos 19 y 65/63), ECR. (1965) 576.

principal no se presenten, en el primer examen, de tal modo que deban considerarse como manifiestamente sin fundamento⁴²⁰.

Junto a ambos requisitos, ha entrado en escena el principio de equilibrio de los intereses en juego, en virtud del cual el juez comunitario deberá tener en cuenta, en su caso de oficio, los perjuicios que la adopción de la medida cautelar podría producir no sólo al demandado, sino a terceros interesados⁴²¹.

Ahora bien, junto a esta doctrina de carácter general, se ha ido configurando otra que podría considerarse una variante *fumus bonis iuris* en el sentido de que éste fue utilizado por el Tribunal de Justicia europeo. En efecto, hasta 1975, este Tribunal vino exigiendo, más que apariencia, cuasi-evidencia, esto es, no simples indicios de legalidad en la pretensión del demandante sino una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de la mencionada legalidad; a partir de la mencionada fecha, sin embargo, el Tribunal recuperó el auténtico sentido del *fumus*, limitándose a exigir la presencia de indicios *prima facie* sólidos de la legalidad de la pretensión⁴²².

Pues bien, la variante a la que nos referíamos consiste en mantener esa "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad, pero a los efectos de proceder, en su presencia, a la concesión de la suspensión, sin entrar en la existencia o no del perjuicio grave e irreparable o, si se prefiere, identificando dicho perjuicio grave e irreparable con el hecho de encontramos ante un acto manifiestamente ilegal *prima facie*⁴²³.

Hay que notar, al igual que Alonso García, que, en consecuencia, estaríamos ante una cuestión de graduación a aplicar en cada caso concreto: "la apariencia de buen derecho en la pretensión del recurrente sería, en principio, un requisito de los varios a tener en cuenta a la hora de adoptar una medida cautelar, pero cuando en lugar de apariencia tenemos cuasi-evidencia, ésta bastaría, por sí sola, para a la demanda de la medida provisional"⁴²⁴.

⁴²⁰ Sentencia TJCE de 16 de enero de 1975, caso Johnson vs. Comisión (asunto 3/75), ECR. 1.

⁴²¹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 485.

⁴²² ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 486.

⁴²³ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 486.

⁴²⁴ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 486-487.

Creemos que toda esta bien elaborada doctrina del Tribunal de Justicia europeo es aplicable en la Comunidad Andina ya que las normas que regulan la suspensión de los efectos del acto impugnado en la acción de nulidad y las medidas cautelares judiciales en ambas comunidades son muy similares.

2.2. El recurso por omisión o inactividad

Tal como sucede en las Comunidades Europeas, en la Comunidad Andina el control de legalidad de los órganos comunitarios está conformado tanto por mecanismos de revisión de los comportamientos activos, lo cual se hace fundamentalmente con la acción de nulidad, como por mecanismos de revisión de los comportamientos omisivos, lo que se hace con el recurso al que dedicaremos las próximas páginas: el recurso por omisión o inactividad.

En efecto, de acuerdo con el artículo 37 TTA, "[c]uando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas en las condiciones del artículo 19 podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones".

En efecto, se trata de un artículo, del cual, por ahora, sólo hemos transcrito el primer párrafo, que es muy similar al artículo 232 TCE. Sin embargo, también hay sus diferencias ya que para la conformación del recurso andino se ha tomado en cuenta la doctrina contencioso-administrativa latinoamericana y no sólo la comunitaria europea, siendo aquélla la que produce una diferencia sustancial que distingue en forma principal el recurso andino del europeo.

A diferencia de lo que literalmente dice el artículo 232 TCE, el recurso por omisión o inactividad del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina salvaguarda, no sólo a los tratados constitutivos, sino también todos los actos mencionados en el artículo 1 TTA, que no incluye solamente al derecho originario sino también al derecho derivado.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia europeo ya ha consolidado una doctrina según la cual la omisión susceptible de activar el recurso por omisión en todas las Comunidades no es sólo la que afecte a los tratados constitutivos sino también la que sea una violación del derecho derivado comunitario, tal como se prevé en la Comunidad Andina en forma expresa, con lo cual ya no hay diferencia en los hechos en este aspecto entre el recurso por omisión andino y el de inactividad de la Comunidad Europea⁴²⁵.

⁴²⁵ Inclusive se pueden incluir a los principios generales del derecho los cuales, como hemos visto a todo lo largo de este trabajo, son parte indispensable de la doctrina de protección de los derechos

Ahora bien, tal como en los tratados comunitarios europeos, el artículo 37 TTA exige el cumplimiento de dos fases, una administrativa, preliminar o pre-contenciosa, y otra judicial, todo para solicitar a los órganos comunitarios el cumplimiento de una actividad a la que estuvieren "obligados expresamente" por el ordenamiento jurídico de la Comunidad. Esto se corrobora en el segundo párrafo del artículo 37 TTA según el cual "[s]i dentro de los treinta días siguientes no se accediere a dicha solicitud, el solicitante podrá acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que se pronuncie sobre el caso".

Para algunos autores europeos, desde un punto de vista teórico, los procedimientos para anular un acto y los establecidos para requerir a una autoridad pública a adoptar una acción son dos aspectos de un mismo remedio legal, lo que inclusive ha llegado a decir el Tribunal de Justicia europeo⁴²⁶. Las similitudes entre las previsiones de los Tratados en ambos tipos de recursos indican, en criterio de estos estudiosos, que los autores de los tratados tenían esta idea y no es una sorpresa, por lo tanto, como lo dice Hartley, que el Tribunal europeo haya adoptado esta doctrina como principio general⁴²⁷. Sin embargo ya veremos que la doctrina sentada por el Tribunal europeo no tiene como principio general esa idea sino que ello dependerá de los casos⁴²⁸. El mismo Tribunal comunitario ha tenido que suavizar su posición para aceptar que no siempre hay coincidencia en la aplicación del principio de la unidad, esto es, no siempre hay paralelismo entre el recurso de anulación y el de omisión y que es posible intentar un recurso por inactividad en casos en los que su equivalente en una conducta positiva no permite proceder por la vía de la anulación.

En este sentido, la aplicación práctica de un principio según el cual el recurso de anulación y el de omisión tienen que ver con el mismo remedio, como lo llegó a decir el Tribunal de Justicia en la sentencia Chevalley, todo lo cual lo podemos englobar en un principio llamado de la unidad, es muy relevante y su adopción no constituye solamente una construcción teórica ya que implicaría que las condiciones y limitaciones aplicables en ambos casos deben ser los mismos, excepto las distintas reglas que son consecuencia necesaria de las diferencias inherentes y sustanciales entre un acto y una omisión⁴²⁹.

fundamentales, doctrina esta que ha contagiado a todo el tratado y ha hecho que se incluya dentro del ordenamiento jurídico comunitario a estos principios tan importantes (en este sentido SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.* p. 226).

⁴²⁶ Sentencia TJCE, caso Amadeo Chevalley vs. Comisión (as. 15/70), Rec. 979.

⁴²⁷ HARTLEY, *ob. cit.*, p. 394.

⁴²⁸ Aunque da la impresión que la famosa sentencia Chevalier haya sido más un accidente en la conformación de una jurisprudencia en este aspecto que una doctrina general como dice Hartley ya que posteriormente varias sentencias han tenido que echar marcha atrás...o hacia adelante.

⁴²⁹ HARTLEY, *ob. cit.*, p. 395.

2.2.1. El elemento material del recurso: la naturaleza de la acción omitida

Quizá para evitar los problemas de interpretación que se han presentado en la Comunidad Europea, el Tratado andino establece que el recurso por omisión es procedente para requerir el cumplimiento de obligaciones establecidas expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario que, como ya vimos, incluye tanto al derecho originario como al derecho derivado.

Una distinción relevante salta a la vista entre el recurso por omisión andino y su similar de la Comunidad Europea. En el primero, la inactividad se conforma con una conducta omisiva de una obligación expresa y en el segundo la omisión se constituye cuando el órgano comunitario no haya definido su posición, de manera que, aparentemente, por lo menos desde el punto de vista literal, cuando el órgano comunitario define su posición, aunque siga omitiendo la conducta solicitada, ya no es posible considerar que hay inactividad, siempre y cuando este rechazo cumpla con los requisitos que ha establecido la jurisprudencia, especialmente la motivación. El reclamante deberá utilizar entonces otra vía judicial para solucionar el problema, probablemente la acción de nulidad.

En este sentido, el recurso por omisión andino se parece más al establecido en el Tratado CECA, según el cual hay omisión si la Alta Autoridad no hubiere tomado una decisión o formulado ninguna recomendación (art. 35 CECA), aunque en este tratado ocurre que la falta de actuación se entiende como una ficción legal de un acto de rechazo, por lo que el paso siguiente debe ser un recurso de anulación, lo que no ocurre en el sistema jurisdiccional andino donde siempre se seguirá por la vía de la omisión aunque haya un acto expreso de rechazo.

Sin embargo, esta diferencia literal entre ambos grupos de preceptos, los de los tratados de la Comunidad Europea y CEEA, por un lado, y del Tratado CECA y de la Comunidad Andina por el otro, puede suavizarse si se considera⁴³⁰ que de la interpretación sistemática de los primeros se puede concluir que una simple toma de posición no basta para declarar excluida la omisión y por lo tanto, la imposibilidad de seguir adelante en la vía judicial por inactividad, sino que es necesario que tal definición de posición contenga una decisión definitiva, clara y precisa, y no una mera opinión jurídica sin ningún contenido motivado y relevante.

Por otro lado, como señalan algunos autores, siendo que para que los legitimados no privilegiados -los particulares- puedan demandar por abstención a un órgano comunitario no debe producirse la interrupción de la omisión por un acto distinto a una recomendación o un dictamen, es

⁴³⁰ Así lo consideran Schermers y Waelbroeck cuando dicen que cualquier obligación que incumba a las instituciones comunitarias puede estar basada en los Tratados, por lo que virtualmente no hay la restricción que por la formulación literal de las normas parece haber (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, pp. 222-223).

decir, como dice Concepción Escobar, por un acto definitivo que fija inequívocamente la posición del órgano comunitario cuya actuación es requerida, en similares términos debe interpretarse el tipo de acto que puede interrumpir la omisión en el caso de los demandantes privilegiados, de tal forma que la llamada toma de posición no puede identificarse con cualquier actuación ni opinión jurídica⁴³¹.

En criterio de Concepción Escobar en relación con este problema, hay que añadir una segunda consideración de carácter más general referida al objeto del recurso. En este sentido, cabe recordar, en opinión de esta autora, que el objeto del recurso por omisión es atacar un silencio institucional. Por consiguiente, dicho objeto "sólo puede impedirse mediante la realización o denegación expresa del acto cuya omisión se ataca, que se convierte en el objeto material o indirecto del recurso, lo que nos sitúa en el plano más general de *los actos atacables*". Así pues, en criterio de esta autora, "si el acto capaz de poner fin a la omisión ha de responder al concepto de *acto atacable* judicialmente, su definición ha de realizarse de conformidad con las reglas que han sido establecidas en la jurisprudencia del TJCE para cualquier tipo de recurso, ya que -como ha señalado la doctrina- no existe razón alguna que permita concluir la existencia de reglas distintas para el supuesto del recurso por omisión". Por consiguiente, concluye esta autora, "tan solo se impedirá la consolidación jurídica de la omisión si la institución concernida adopta un acto que refleje su posición jurídica y produzca efectos definitivos, de manera tal que sea susceptible de modificar la posición del demandante. Y ello, con independencia de que (...) el acto en cuestión estime o deniegue las pretensiones del mismo"⁴³².

Por lo anterior sólo podría considerarse en la Comunidad Europea como una definición de posición aquella decisión definitiva y clara en el sentido de que manifieste precisamente la voluntad del órgano comunitario, lo cual sólo podría atacarse por el recurso de anulación, criterio con el cual ambos grupos de disposiciones comunitarias se acercan en muchos casos en el sentido de que en ambos sistemas el recurso por omisión es procedente aun cuando el órgano comunitario haya emanado una respuesta, si ésta no cumple con las características que ha establecido la jurisprudencia debe tener para que termine con la omisión.

Así las cosas, no siempre debe tratarse de una omisión en el sentido de silencio o abstención de actuación sino que también es posible una omisión habiendo una expresión de una opinión pero que, por no llegar a ser una clara manifestación de voluntad definitiva, clara y precisa, no puede terminar con la inactividad o considerarse como un rechazo en los términos que hagan posible su impugnación por el recurso de anulación.

⁴³¹ ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción, *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Fundación Universidad Empresa-Editorial Cívitas, Colección "Cuadernos de Estudios Europeos", Madrid, 1993, pp. 46-47.

⁴³² ESCOBAR HERNANDEZ, *ob. cit.*, p. 47.

Ahora bien, en la Comunidad Andina procede el recurso por inactividad no solamente cuando haya una omisión propiamente dicha en el sentido de silencio administrativo sino también es procedente este recurso cuando el órgano comunitario se manifieste para abstenerse de cumplir una actividad a la que estuviere obligado expresamente por el ordenamiento jurídico comunitario. Parece posible en el sistema jurisdiccional andino intentar el recurso por omisión cuando el órgano comunitario haya emitido un acto y aún así se considere que no cumple con una obligación expresa del derecho andino, lo que en la Comunidad Europea hace procedente, generalmente, el recurso de anulación⁴³³.

En efecto, una decisión negativa, como la llama Hartley, por medio de la cual una autoridad decide no actuar en una forma específica, esto es, un rechazo a una solicitud, que es el ejemplo más común de este tipo de actos, desde un punto de vista estrictamente teórico en la Comunidad Europea es un acto anulable, si era obligatoria su adopción por la autoridad, por lo cual es controlable judicialmente a través del recurso de anulación⁴³⁴, en lo cual coincide con Escobar Hernández.

En la Comunidad Andina el recurso por omisión parece estar más en concordancia con los recursos por abstención o negativa existentes en algunas jurisdicciones contencioso-administrativas de esta región que con el recurso por omisión o inactividad de las Comunidades Europeas. Ello porque en la realidad legislativa de los países andinos y en la jurisprudencia de sus tribunales contencioso-administrativos se ha conformado la doctrina según la cual el recurso por omisión es una vía judicial para declarar, y para algunos condenar a la Administración a cumplir⁴³⁵ su obligación expresa de dictar

⁴³³ Con lo cual no parece estar en concordancia con la situación del mismo recurso en las Comunidades Europeas ya que, como bien lo destaca Concepción Escobar, "el Tribunal pone el acento en el carácter definitivo de la decisión" y ello no afecta, en criterio de esta autora, al contenido material de la respuesta "por cuanto se refiere a su coincidencia con las pretensiones de los demandantes". De tal forma, dice Escobar, "tanto en el ámbito CECA como especialmente en el ámbito CEE-CEE, un acto expreso que deniegue con carácter definitivo las pretensiones de los demandantes desestimándolas, es considerado válido para interrumpir la omisión" ya que no puede olvidarse que, al margen de la diversa naturaleza de ambos recursos, "su objeto formal es la omisión, ya sea considerada en sí misma o como manifestación de una fórmula implícita de acto denegatorio". Por consiguiente, un acto expreso, aun cuando su contenido sea contrario a las pretensiones de los recurrentes, "impide hablar de la existencia de una omisión en sentido estricto" (ESCOBAR HERNANDEZ, *ob. cit.*, pp. 49-50).

⁴³⁴ HARTLEY, *ob. cit.*, p. 395.

⁴³⁵ Ciertamente, la Corte Suprema de Justicia de Venezuela ha dicho que una de las cuestiones debatidas "se refiere a la naturaleza de la acción derivada de un recurso de abstención o negativa, y por ello la Corte cree conveniente, antes de revisar la cuestión de fondo, precisar, en atención a su finalidad o pretensión, qué tipo de acción es". A este respecto observó la Corte que "la causa de dicha acción es el incumplimiento de un deber legal por parte de la Administración, de modo que el fin que persigue el recurrente es el de que aquélla dé cumplimiento al mismo y no propiamente salir de una incertidumbre respecto a una situación jurídica de la cual se cree titular o de un interés legítimo que dice tener". No se trata, pues, en criterio de la Corte venezolana, "de una simple declaración la que pretende el recurrente, sino una condena a que la Administración cumpla un deber que no cumplió, a pesar de estar obligada a ello".

En efecto, consideró el máximo tribunal venezolano, "la satisfacción del interés del recurrente no se lograría con una declaración respecto de un derecho o de un interés legítimo, sino que si la

un acto administrativo si se dan unas condiciones y requisitos reglados en los que la determinación de su contenido la Administración no tiene discrecionalidad⁴³⁶. Por ello, en algunos casos se considera que el juez tiene la posibilidad hasta de suplir al órgano comunitario competente, ya sea como efecto de la sentencia directamente o cuando aquél no cumpla con lo que declare la decisión judicial⁴³⁷.

Administración no cumple voluntariamente, el acto se ejecute forzosamente mediante los poderes ejecutivos de que está dotado el Juez para lograr aquella satisfacción". En este sentido, en criterio de la Corte, "también en el recurso de abstención el Juez puede sustituirse a la Administración si ésta no da cumplimiento a lo decidido con fuerza definitivamente firme" (sentencia de la SPA-CSJ de 19 de febrero de 1987, caso "Inmaculada Lambertini" (véase BREWER-CARIAS y Ortiz Alvarez, *ob. cit.*, p. 60).

⁴³⁶ La Corte Suprema de Justicia de Venezuela ha dejado establecido, basada en el recurso por abstención o negativa existente en la Ley Orgánica que la rige, que los términos de los textos de derecho positivo venezolano permiten deducir que en ellos no se regula la abstención frente a la obligación general que tienen los funcionarios de actuar en ejercicio de atribuciones correspondientes al respectivo cargo. Antes bien, "debe tratarse de una obligación concreta y precisa inscrita en la norma legal correspondiente, la cual ha de presentarse como un paradigma de contraste que sirva para verificar si la abstención existe, en efecto, respecto del supuesto expresa y especialmente previsto en la norma y, por tanto, si procede o no el respectivo recurso".

Igualmente ha dicho el supremo tribunal que "el objeto del recurso por abstención no es ni un acto administrativo, ni la indebida ausencia, por vía general, de éste, ni una ilícita actuación material de la Administración, sino "la abstención o negativa" del funcionario público a actuar, es decir, a cumplir determinado acto -en el sentido de actuación- del cual el supuesto de hecho se encuentra previsto en una ley específica, pero ante cuya ocurrencia real y concreta la autoridad administrativa se abstuvo de extraer la consecuencia jurídica que el imperativo legal le impone".

También, de la propia norma o de la solicitud administrativa presentada por el beneficiario del recurso, e inatendida, debe surgir la evidencia de una actitud omisa por parte de la Administración, en el sentido de mostrarse ella remisa a emitir el acto o a realizar la actuación material cuya obligación se encuentre específicamente contenida en una norma concreta. "La abstención de actuar", dice la Corte, "se convierte de esta manera en materia impugnabile, abstención que si se cubriere, emitiendo el acto previsto en la norma, impediría el ejercicio de este recurso; lo que, a su vez, podría abrir otro -el de anulación- si algún interesado, y no necesariamente el destinatario del acto, se considerare afectado por éste y, por supuesto, lo sindicare previamente de ilegal, es decir, de producido en disconformidad con la norma concreta o con otra aplicable al caso".

Continúa la Corte diciendo que "[h]e aquí como la previsión de la obligación concreta y específica de actuar podría estar en la base de recursos distintos: el de abstención, en casos de incumplimiento del mandato; o el de nulidad del acto emitido o de la actuación realizada por la Administración, al considerarlos el recurrente desajustados de ese mandato legal específico". Por tanto, "aún cuando ambos estuvieren sometidos a un mismo procedimiento para tramitarlos, serían distintos su origen, su enunciación legal y, por supuesto, sus efectos". Respecto a éstos, dice la sentencia, "el primero de dichos recursos conduciría a la nulidad de un acto ilegal a lo cual, finalmente, también lleva el silencio administrativo en un recurso administrativo o contencioso; en tanto que el segundo desembocaría en un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la obligatoriedad para la Administración de producir un determinado acto o de realizar una actuación concreta en vista de un imperativo legal expreso y específico que, según demuestra el recurrente, ella se niega a cumplir" (sentencia SPA-CSJ de 28 de febrero de 1985, caso "Eusebio Igor Vizcaya Paz" (Magistrado ponente: Luis Henrique Farías Mata, actual juez del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) (véase BREWER CARIAS y Ortiz Alvarez, *ob. cit.*, pp. 55-56).

⁴³⁷ Al igual que como sucede en la acción de nulidad y sus motivos de impugnación, el recurso por omisión, por provenir del contencioso-administrativo francés y en gran parte construido con las doctrinas procesales administrativas del mundo, especialmente la jurisprudencia de algunos países

Por lo anterior, aún cuando el órgano comunitario se haya negado expresamente a emitir el acto que la legislación la obligaba, el afectado puede utilizar la vía del recurso por omisión o inactividad para lograr que el juez declare que el órgano respectivo tiene la obligación de dictarlo como lo manda el derecho comunitario, al carecer ésta de discrecionalidad. Es por esta razón que en la jurisdicción contencioso-administrativa lo más importante para que sea procedente el recurso por omisión es que exista una obligación expresa del órgano, en este caso administrativo, a dictar un acto con un contenido específico y que no haya discrecionalidad para éste, lo cual pareciera haber asumido el Tratado del Tribunal andino en el artículo 37 TTA cuando habla de obligación expresa, de donde su incumplimiento, aun cuando fuere por acto expreso, da lugar a esta vía judicial⁴³⁸.

Como puede verse, el recurso por omisión andino es una vía judicial con distintas características al equivalente europeo ya que para su procedencia sólo es necesaria la existencia de

de Latinoamérica y de Europa, sólo podemos describirlo con los aportes del derecho contencioso-administrativo, pero ello no quiere decir que tal recurso no pueda ser ejercido contra omisiones de los órganos comunitarios que deban derivar en actos distintos a los administrativos, estos son, las normas, que también pueden dictar los órganos comunitarios en su *sui generis* distribución de competencias interna en la organización comunitaria de que se trate, ya sea la Comunidad Andina o las Comunidades Europeas. Sin embargo, ya veremos que en lo que respecta a los actos normativos, el Tribunal de Luxemburgo está renuente a considerar con lugar un recurso por omisión o inactividad, generalmente por la discrecionalidad que mayormente tiene el órgano comunitario al dictar actos normativos, no así los administrativos.

⁴³⁸ La CPCA, segundo tribunal más importante de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela, ha dicho que la inactividad de la Administración o su negativa "es un modo de infringir la Ley mediante la no realización de un deber legal, y por tanto, también a través del recurso de abstención es posible controlar la legalidad". "Cuando se pretende lograr mediante el recurso de abstención o carencia determinada prestación", dice este tribunal venezolano, "la inactividad o la negativa de la Administración constituye el objeto de la revisión que deben hacer los Tribunales Contencioso-Administrativos". Ello supone, en criterio de esta Corte, "que en verdad existe un acto que la Administración debe cumplir y que ha omitido o que no ha querido realizar, y que por parte del interesado se han cumplido los extremos que le dan derecho a este acto". De modo que lo que se busca con este especial recurso contencioso-administrativo, dice el tribunal, "es un actuar más que un decidir, porque se cree que se tiene derecho a ello". En consecuencia, para el tribunal, "la inactividad de la Administración o su negativa, es un modo de infringir la ley mediante la no realización de un deber legal; y, por tanto, también a través del recurso de abstención es posible controlar la legalidad".

De modo que es perfectamente posible, en criterio de la Corte, "revisar la legalidad en un procedimiento de recurso de abstención, cuya finalidad no es la nulidad de alguna actuación, sino la de calificar la legítima o no una omisión tácita o expresa de la Administración en actuar, para que de resultar ilegal el Tribunal supla tal abstención o negativa, proveyendo el acto o el trámite omitido o negado". En conclusión de esta Corte, "el recurso de abstención, llamado de carencia, puede intentarse contra una negativa expresa o presunta (inactividad) de la Administración a cumplir un acto". Lo determinante es para este tribunal venezolano "que el fin de la pretensión sea la de lograr por la intervención del Tribunal Contencioso-Administrativo el cumplimiento del acto que la Administración ha dicho que no cumple, o que simplemente se abstiene de cumplir, siempre y cuando el recurrente tenga derecho a ello, y exista la norma que contemple el deber de la Administración de actuar" (sentencia CPCA de 29 de octubre de 1987, caso "Alfredo Yanucci Fuciardi" (véase BREWER-CARIAS y Ortiz Alvarez, *ob. cit.*, pp. 61-62).

una obligación expresa reglada que sea incumplida por el órgano comunitario. Por este motivo, cuando esa omisión cesa en sentido favorable a la solicitud del recurrente, esto es, a la obligación expresamente establecida, sólo en este caso puede decaer el derecho del solicitante a utilizar este recurso ya que si hay un acto expreso en sentido contrario a la solicitud del recurrente o de la norma, tal disconformidad debe mantenerse por la vía de la omisión y no de la anulación como ocurre en Europa.

Así las cosas, el sistema jurisdiccional andino en lo que se refiere al recurso por omisión o inactividad pareciera haberse nutrido más de la doctrina contencioso-administrativa de los países andinos, donde en algunos de ellos existe un recurso similar, como es el caso de Venezuela⁴³⁹, que del medio procesal equivalente existente en las Comunidades Europeas. Esto posiblemente ha ocurrido porque los autores del proyecto de modificación del Tratado del Tribunal que creó esta nueva vía judicial andina en 1996 han sido en su mayoría jueces de los tribunales contencioso-administrativos andinos, algunos de los cuales hoy conforman o han conformado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁴⁴⁰.

Lo que sí está claro en la Comunidad Europea es que el recurso por omisión, a diferencia de la Comunidad Andina, no puede ser utilizado para cuestionar decisiones de los órganos comunitarios que sean definitivas y suficientemente claras y precisas, aunque sean negativas a actuar, para lo cual es procedente el recurso de anulación, por lo que no puede considerarse como inactividad susceptible de atacarse por aquella vía judicial, por ejemplo, el rechazo de un órgano comunitario de una solicitud de revocación de un acto, dado que ambos tratados prevén otras vías por las cuales un acto comunitario puede ser atacado y eventualmente anulado⁴⁴¹.

⁴³⁹ Según el artículo 42, numeral 23, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, "[e]s de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República: (...) 23. Conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas". Esta competencia también se le da a los tribunales contencioso-administrativos superiores regionales (art. 182 *ejusdem*) en el caso de abstenciones o negativas de autoridades estatales o municipales.

⁴⁴⁰ Se da el caso de que en Venezuela existe el recurso por omisión desde la Ley de la Corte Federal de 1925, por lo que no puede decirse que el que existe actualmente en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sea por influencia de las Comunidades Europeas. Ni siquiera la jurisprudencia actual de los tribunales contencioso-administrativos venezolanos han tomado al recurso por omisión comunitario europeo para conformar los detalles de su doctrina ya que, si bien ha mencionado su existencia en el viejo continente, se ha apartado de sus características a la hora de definir sus perfiles jurídicos procesales (véase sentencia SPA-CSJ de 28 de febrero de 1985, caso "Eusebio Igor Vizcaya Paz" ya citada, en la que el Alto Tribunal venezolano menciona en uno de sus párrafos a los recursos similares europeos en materia de inactividad en las tres Comunidades, pero luego, sin embargo, hace su propia doctrina con unas características muy especiales, la cual se ha venido definiendo más claramente en posteriores sentencias (BREWER-CARIAS y Ortiz Alvarez, *ob. cit.*, p. 53).

⁴⁴¹ En este sentido ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 415-416.

Así encontramos en la Comunidad Europea sentencias en algunos casos incomprensibles donde el Tribunal de Justicia, pese a tratarse de obligaciones regladas, ha dicho que por ser discrecional el contenido del acto a que estaba obligado el órgano comunitario, mas no la obligación en sí misma en lo que se refiere a la oportunidad para dictarlo, no es procedente activar el mecanismo procesal del entonces artículo 175 TCE (hoy artículo 232 TCE), este es, el recurso por omisión. Se trató concretamente de un caso en el que el Tribunal de Justicia europeo debió aceptar la procedencia del recurso por omisión por tratarse de una obligación reglada que tenía que cumplir un órgano comunitario en lo que se refiere a su oportunidad, aunque el contenido de ese acto, que siempre debió dictarse, haya sido discrecional⁴⁴².

Estamos de acuerdo con Alonso García cuando dice que el Tribunal de Justicia ciertamente debe excluir de la posibilidad del recurso por omisión a aquellos supuestos en los que el órgano comunitario goce de discrecionalidad respecto al plazo para actuar. Pero de la misma forma, debería aceptarse el mismo cuando el Tratado, fijando los resultados a alcanzar y la institución comunitaria gozando de poder de apreciación para definir los medios para alcanzarlos, se abstiene de adoptar las medidas⁴⁴³.

En todo caso, hay que destacar que para el Tribunal europeo hay diferencias entre el recurso por omisión cuando se trata de normas y cuando se trata de actos. En las primeras, que suelen estar rodeadas de discrecionalidad para el órgano comunitario, tienden a quedar excluidas del recurso por omisión; pero ello no debe entenderse como una regla absoluta: siempre habrá que atenerse al contenido concreto de la obligación incumplida.

En efecto, hay la tendencia del Tribunal de Justicia europeo a considerar de naturaleza legislativa toda la actividad normativa de las instituciones comunitarias con independencia de su origen y contenido, lo que, como destaca Alonso García, "tiene sus consecuencias en la intensidad del control jurisdiccional al respecto, tradicionalmente mucho más flexible hacia la actividad legislativa que hacia la ejecutiva, asumido el mayor margen de maniobra que, generalmente, existe en la concreción de principios constitucionales respecto de la concreción de principios legales –y ello, por lo demás, en el marco de una actitud reacia a ejercitar un control a conciencia sobre las apreciaciones económicas (...) que subyacen a la actividad de las Instituciones comunitarias"⁴⁴⁴.

⁴⁴² Sentencia TJCE de 22 de mayo de 1985, caso Parlamento Europeo vs. Consejo (as. 13/83), Rec. 1513.

⁴⁴³ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 419.

⁴⁴⁴ ALONSO GARCIA, "Actividad Judicial v...", *ob. cit.*, p. 81.

Entre los motivos que subyacen esta actitud en Europa puede mencionarse "su encaje en una política judicial favorable, *in genere*, al impulso de un proceso integrador ralentizado como consecuencia, fundamentalmente, de un procedimiento normativo presidido *de facto* por la unanimidad de los Estados miembros en el seno del Consejo como consecuencia del Compromiso de Luxemburgo", esto, al menos, hasta el Acta Única Europea⁴⁴⁵.

Ahora bien, en este marco judicial globalmente favorable a la actividad normativa de la Comunidad Europea "con el fin de reaccionar frente al *impasse* integrador, parece que, circunscribiéndonos al concreto terreno de las omisiones de las Instituciones comunitarias, el Tribunal debería haber mostrado una actitud alejada de la flexibilidad presente en el control de las acciones positivas". En otras palabras, "una política judicial favorable al impulso integrador parece que debería haberse plasmado en flexibilidad en el control de las acciones y rigor en el de las omisiones, rompiéndose así la armonía entre ambos tipos de control"⁴⁴⁶.

Cierto es, como destaca Alonso García, que, hasta el Acta Única Europea, "carecemos (...) de decisiones significativas sobre la inactividad normativa; pero no lo es menos que los ejemplos existentes en el marco de omisiones de aplicación marcan una tendencia del Tribunal hacia el rigor, pero no en el control de fondo de la inactividad de las Instituciones, sino en el de las exigencias para el éxito de la acción (tendencia que, desde la otra cara de la moneda, implicaría precisamente flexibilidad frente a la inactividad comunitaria)". Lamentablemente esta realidad no ha cambiado mucho a partir del Acta Única Europea, por lo menos en lo que respecta al recurso por omisión, y parece que este recurso, tomando en cuenta el momento por el que está atravesando el Tribunal de Justicia "en términos de retirada", poco alcance va a tener y seguirá su escasa incidencia en el terreno de la inactividad normativa⁴⁴⁷.

Esperemos que en la Comunidad Andina esta tendencia del Tribunal de Justicia europeo no se presente, que por lo demás se ha debido a razones totalmente imputables a la realidad de esa comunidad, y sea estricto en la posibilidad que tiene de controlar las omisiones, ahora que está presente el recurso por omisión en las competencias del órgano judicial andino y que si en todo caso quiere favorecer el proceso integrador, el mejor camino para ello no es comportarse con flexibilidad frente a las omisiones comunitarias.

A la hora de estudiar el recurso por omisión en la Comunidad Andina hay que considerar que no está prevista la figura de la "definición de posición" según la cual una clara y definitiva respuesta a

⁴⁴⁵ ALONSO GARCIA, "Actividad judicial v...", *ob. cit.*, pp. 83-84.

⁴⁴⁶ ALONSO GARCIA, "Actividad judicial v...", *ob. cit.*, p. 84.

⁴⁴⁷ ALONSO GARCIA, "Actividad judicial v...", *ob. cit.*, pp. 84-88.

un requerimiento que incluya un rechazo total o parcial a lo solicitado ya no permite la utilización de este recurso. Normalmente los desacuerdos con tales definiciones de posición son llevados al Tribunal de Luxemburgo a través de la vía de la anulación y no de la inactividad. En cambio, en la Comunidad Andina, lo que equivaldría a una "definición de posición" no necesariamente evita la vía judicial de la inactividad sino que la negativa a actuar en un caso en el que el derecho andino obliga a ello siempre es controlable judicialmente por el recurso por abstención para subsanar la omisión del órgano comunitario.

En relación con lo que acabamos de decir sobre la necesidad de existencia de obligaciones expresas para que sea posible ejercer el recurso por inactividad, no se da en la Comunidad Andina la posibilidad de que los actos derivados de competencias facultativas puedan dar lugar a un recurso de este tipo. Sin embargo, pudiera ser digno de estudiar por el Tribunal de Justicia la posibilidad de que los actos facultativos que no se adopten por desviación de poder, entendida como un comportamiento omisivo contrario a los fines de la norma comunitaria que atribuye esta facultad, puedan controlarse por la vía judicial de la omisión. Si bien en el Tratado andino no se prevé esa posibilidad sino que se hace expresa mención de que debe tratarse de obligaciones expresas, en nuestro criterio nada impide para que se conforme una jurisprudencia, muy exigente por supuesto, como se ha hecho en la Europa basada en el Tratado CECA que sí prevé esa posibilidad expresamente, en el sentido de que los actos facultativos no dictados por desviación de poder puedan activar este procedimiento de inactividad, lo que completaría aún más el sistema jurisdiccional comunitario.

Obviamente, tendría que considerar el Tribunal criterios subjetivos, muy distintos a los meramente objetivos que maneja a la hora de determinar las obligaciones expresas y regladas que pueden dar lugar al recurso por omisión en el artículo 37 TTA, que en todo caso deben tratarse de aspectos que sean formalmente alegados en la demanda⁴⁴⁸. Pareciera que en la Comunidad Andina el único vicio posible para alegar una omisión es la violación del ordenamiento jurídico comunitario, tal como en la Comunidad Europea y en la CEEA, pero creemos que tal violación puede darse tanto si la obligación no es cumplida como si se dicta el acto pero con fines distintos a los que permite la norma, esto con independencia de que pueda utilizarse el mismo motivo para los casos de omisión de actos obligatorios⁴⁴⁹.

Ahora bien, en relación con la naturaleza de la omisión susceptible de activar el recurso por inactividad, se ha presentado en la Comunidad Europea la discusión sobre el paralelismo que para algunos hay entre el recurso de anulación y el recurso por abstención, esto es, sobre la conexión o la

⁴⁴⁸ En este sentido ESCOBAR HERNANDEZ, *ob. cit.*, p. 56.

⁴⁴⁹ Es el criterio, que compartimos, de ESCOBAR HERNANDEZ, *ob. cit.*, pp. 56-57, claro está, aplicado a la Comunidad Europea y a la CEEA, por lo cual su aplicación a la Comunidad Andina es una idea enteramente obra de nosotros.

unidad existente entre las vías judiciales establecidas en los artículos 230 y 232 TCE. Esta discusión trae como consecuencia que, para algunos, los requisitos de uno y otro recurso son los mismos, como adelantamos, por lo cual sólo los actos anulables que no se han producido son los que cuya omisión pueden dar lugar a un recurso por inactividad⁴⁵⁰.

Frente a dicha interpretación podría sostenerse que el recurso por omisión también abarcaría inactividades que, de convertirse en actividades, no serían revisables en anulación, interpretación ésta que en nuestra opinión es la más cónsona con las ideas de este recurso en el sentido que no solamente las omisiones de actos revisables por la vía de la anulación son las que son susceptibles de atacarse por el recurso por omisión sino que cualquier acto omitido, siempre y cuando esté previsto en el derecho comunitario, como expresamente lo dice el artículo 232 TCE⁴⁵¹. Tal sería el caso, por ejemplo, del procedimiento presupuestario, en el que, aun cuando el propio Tribunal de Justicia ha establecido que los actos preparatorios no son anulables por la vía del artículo 230 TCE -solamente lo serían los actos definitivos, el presupuesto, mas no su acto preparatorio, el proyecto del mismo-, sin embargo, si este proyecto no es presentado por el Consejo al Parlamento en la oportunidad en que debe hacerlo, es procedente un recurso por omisión por el Parlamento⁴⁵².

Así las cosas, se trata de que el recurso de anulación, la acción de nulidad en el ámbito andino, y el recurso por omisión o inactividad son dos vías judiciales autónomas y diferenciadas que, si bien tienen características en común, como que ambos controlan la legalidad comunitaria, tienen otras que los distinguen⁴⁵³, como que uno analiza -el recurso de anulación- un acto supuestamente ilegal, que puede hacerlo desaparecer del mundo jurídico si ello es cierto, y el otro -el recurso por omisión- analiza

⁴⁵⁰ En este sentido HARTLEY, *ob. cit.*, p. 400.

⁴⁵¹ El mismo Hartley, principal defensor de la tesis contraria, hace notar que el artículo 175 TCE (hoy 232 TCE) refiere en su primer párrafo simplemente a abstención de actuar, en contraste con el primer párrafo del artículo 173 TCE (hoy 230 TCE) que dice "actos...que no sean recomendaciones o dictámenes". También destaca este autor el hecho de que el artículo 175 TCE no excluye lo actos no obligatorios (recomendaciones y dictámenes), lo que puede entenderse que su falta de adopción puede ser atacada por el proceso del artículo 175 TCE, a diferencia del tercer párrafo del mismo artículo según el cual sólo la falta de actos diferentes a las recomendaciones y dictámenes puede ser atacada por el recurso por omisión cuando sean los particulares los demandantes, todo lo cual hace desprender la idea que el Tratado de la Comunidad Europea asumió la interpretación amplia en esta discusión, aunque Hartley insiste en la tesis estricta en virtud del principio de unidad (HARTLEY, *ob. cit.*, pp. 400-401).

⁴⁵² Sentencias TJCE de 12 de julio de 1988 y 27 de septiembre del mismo año, asuntos Parlamento Europeo vs. Consejo (377/87 y 302/87), Rec. 4017 y 5615 respectivamente.

⁴⁵³ En este sentido se ha manifestado Juan Manuel De Faramiñan Gilbert cuando dice que "parece evidente que, sin olvidar la coherencia necesaria entre ambas vías jurisdiccionales, el recurso por omisión presenta una especificidad distinta que el de nulidad, en base al propio objeto del recurso, que intenta denunciar la inexistencia de una acción como tal, sin que necesariamente ello implique en todos los casos una decisión implícita de denegación por parte de la administración" (DE FARAMIÑAN GILBERT, *ob. cit.*, p. 510).

la inactividad de los órganos comunitarios en sí misma considerada, sin la creación de un acto ficticio y limitándose a constatar la existencia y la ilegalidad de tal inactividad, lo que puede dar lugar solamente a una declaración judicial y no a una anulación como en el otro recurso, por todo lo cual no puede considerarse como las dos caras de una misma moneda⁴⁵⁴.

Esta distinta naturaleza de los recursos de anulación y de omisión en la realidad comunitaria andina es más claro cuando vemos que, adicionalmente a las diferencias mencionadas arriba entre ambos recursos, en la Comunidad Andina hay más casos que pueden ser conocidos por el Tribunal de Justicia por el recurso por omisión que los posibles en el ámbito comunitario europeo porque ya vimos que, aun cuando se haya dado una respuesta definitiva, clara y precisa pero en sentido contrario al recurrente, ello puede seguir siendo conocido por la vía de la omisión.

Ahora bien, en la Comunidad Andina y en virtud de esta interpretación amplia, que compartimos, no solamente los actos definitivos son los que cuya omisión pueden dar lugar a una activación de un recurso por omisión. También creemos que la omisión de actos preparatorios puede atacarse por este recurso, siempre y cuando se trate de una obligación expresamente establecida en el ordenamiento jurídico comunitario y no haya discrecionalidad en su adopción en los términos antes vistos. Cuando estudiamos la acción de nulidad andina dijimos que los actos preparatorios podrían impugnarse por esta vía judicial si los mismos tenían efectos jurídicos o carácter definitivo y tuviesen algunos de los vicios que, según el artículo 17 TTA, pueden dar lugar a ese recurso como la violación del ordenamiento jurídico comunitario, incluso por desviación de poder.

Así las cosas, tal como en la acción de nulidad, en el recurso por inactividad debe considerarse posible la activación de esta vía judicial cuando se trate de la omisión de actos preparatorios que estén previstos en el ordenamiento jurídico comunitario con carácter expreso y reglado, haciendo la salvedad de que, en nuestro criterio, no tratándose de actos definitivos, debe tomarse en cuenta la relevancia que pueda tener ese acto preparatorio en la conformación del acto final para admitir el recurso, de manera de evitar la molestia del órgano judicial por la falta de un acto que no tiene incidencia alguna en el acto que es el que tendrá efectos jurídicos, o cuando el acto definitivo pueda dictarse sin aquél.

Esta tesis que planteamos en relación con los actos preparatorios está basada en que, al no haber paralelismo entre la acción de nulidad y el recurso por omisión, por lo menos en forma absoluta, los actos susceptibles de activar el proceso por inactividad deben ser los que tengan algún efecto jurídico relevante, es decir, aquellos por los que el órgano comunitario se vincula de alguna manera y los puramente materiales que igualmente tienen incidencia jurídica en la esfera interna de la Comunidad o hacia afuera de ella, de manera que afecten la situación final de los ciudadanos, los países miembros y los demás órganos comunitarios.

⁴⁵⁴ En este sentido, ESCOBAR HERNANDEZ, *ob. cit.*, p. 75.

Lo contrario implicaría dejar fuera de esta vía judicial las omisiones que, aunque establecida su obligación de adoptarlos, no tienen efectos jurídicos sin tomar en cuenta otros aspectos como su incidencia en la conformación del acto definitivo, lo cual no es correcto ni recomendable.

2.2.2. Las fases del recurso por omisión

En el Tratado andino, el recurso por omisión o inactividad consta de dos partes: una, la fase administrativa, en la que un órgano comunitario, un país miembro o un particular puede requerir al órgano comunitario inactivo el cumplimiento de las obligaciones expresas. Si dentro de los treinta días siguientes a este requerimiento, el órgano comunitario no accediere a dicha solicitud, podría comenzar entonces la fase judicial que se iniciaría si el solicitante acude al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre el caso, para lo cual no tiene plazo una vez transcurridos los aludidos treinta días.

2.2.2.1. La fase administrativa

Al igual que en las Comunidad Europea, el Tratado del Tribunal andino no establece plazo para iniciar la fase administrativa del recurso por omisión, motivo por el cual es posible acoger en este sistema jurisdiccional la solución establecida por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que ha dejado sentado que, en virtud de que el recurso de anulación tiene plazos para ello y el principio de seguridad jurídica aconseja la existencia de los mismos para impedir el retardo indefinido del ejercicio del derecho a instar a la Comisión a actuar, debe declararse la existencia de un plazo razonable que deberá determinarse, en criterio del Tribunal, en función del caso concreto, teniendo en cuenta cuestiones como las intenciones previamente anunciadas por la Administración, el carácter continuado de la omisión o la eficacia de la acción solicitada, además de los riesgos de perjudicar inútilmente intereses de terceros⁴⁵⁵.

Es en este procedimiento preliminar donde encontramos la más importante diferencia procedimental entre la vía por omisión y la de anulación, tanto en la Comunidad Europea como en la Andina. Este procedimiento consiste en un requerimiento formal⁴⁵⁶ al órgano comunitario inactivo para

⁴⁵⁵ Sentencia TJCE de 6 de julio de 1971, asunto Países Bajos vs. Comisión (as. 59/70), ECR. 639.

⁴⁵⁶ Para algunos autores, más que un requerimiento, es una demanda (HARTLEY, *ob. cit.*, p. 407). Nosotros preferimos llamarlo "requerimiento" o "solicitud" porque, como dijimos antes, es este un procedimiento preliminar a la verdadera demanda judicial que se da en el Tribunal de Justicia una vez finalizado el procedimiento administrativo.

que adopte el acto que ha omitido⁴⁵⁷ y debe establecer claramente qué acción procedimental está intentando⁴⁵⁸. Esto es importante porque cuando el caso va al Tribunal, el solicitante puede exigir el cumplimiento sólo en lo que el órgano comunitario se ha abstenido de actuar de acuerdo con el requerimiento previo. Por eso es recomendable para algunos que además el solicitante refiera expresamente el Tratado y los procedimientos legales que serán adoptados si el requerimiento no es adoptado⁴⁵⁹.

En la Comunidad Andina lo que se busca en la fase administrativa es que el órgano en mora de su actividad acceda a la solicitud de otro órgano comunitario, del Estado miembro o del particular, de manera que si ello no ocurre, el solicitante pueda acudir al Tribunal de Justicia. Esto quiere decir que si el órgano comunitario inactivo en este caso no cumple con su obligación sino que contesta expresamente la solicitud en otro sentido, o "define su posición" como se llama en Europa, pero en forma contraria al requerimiento, ello igualmente puede dar derecho al solicitante a acudir a la vía judicial por inactividad, a diferencia de la Comunidad Europea donde el Tratado lo que exige al órgano comunitario en mora es que defina su posición, de manera que si lo hace, tal acto de definición debería ser atacado por las otras vías judiciales existentes, como por ejemplo por el recurso de anulación. Esto sí de verdad ha definido su posición.

Sin embargo, para algunos autores, esta definición de la posición en Europa "sólo podrá suponer el fin de la omisión cuando con ella la institución cumpla con la obligación de actuar cuyo incumplimiento se le imputa, por lo que el punto de partida deberá ser, de nuevo, el concreto contenido de la obligación en cuestión, completado con las reglas de la legitimación activa del recurrente -como sabemos, no uniformes"⁴⁶⁰.

No obstante, el Tribunal de Justicia europeo ha considerado que al ser contestada la solicitud, aunque sea rechazando la misma, ya no es procedente el recurso por omisión, en la medida en que el órgano comunitario ha definido su posición, lo que pone fin a la inactividad y en consecuencia, la posibilidad de recurrir por omisión⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Según Schermers y Waelbroeck, la invitación a la institución a actuar, como ellos mismos la llaman, es un acto formal; cualquier carta a la Comisión no califica para esto. Esta debe claramente indicar qué medidas específicas son requeridas y que procedimientos serán intentados si la institución no actúa (SCHERMERS Y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 224).

⁴⁵⁸ Sentencia TJCE, caso *Nuovo Campsider vs. Comisión* (25/85), Rec. 1531.

⁴⁵⁹ HARTLEY, *ob. cit.*, p. 407.

⁴⁶⁰ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 425.

⁴⁶¹ Sentencia TJCE de 1 de marzo de 1966, asunto *Lütticke vs. Comisión* (as. 48/65), ECR. 19.

Ahora bien, esto último no quiere decir que cualquier respuesta que dé el órgano comunitario a la solicitud de actuación debe ser entendida como una definición de posición. El Tribunal de Justicia europeo ha dicho que la contestación de una solicitud de actuación, al no negar ni confirmar la alegada omisión, ni dar indicación alguna de los puntos de vista del órgano que omite su obligación, no puede considerarse como una definición de posición que según el Tratado de la Comunidad Europea acaba con la omisión, por lo menos para los efectos del artículo 232 TCE⁴⁶².

Tampoco debe entenderse, en criterio del Tribunal de Luxemburgo, que cualquier rechazo a actuar, por explícito que sea, pone fin a la omisión, ya que un rechazo puro y simple a examinar la solicitud no equivale a una definición de posición, no así el rechazo motivado⁴⁶³, aunque para algunos esta interpretación no es correcta "porque no abordan el análisis de la obligación de actuar impuesta por el ordenamiento jurídico sobre la que supuestamente recayó la abstención"⁴⁶⁴.

En todo caso, la obligación de actuar no implica un correlativo derecho del recurrente a que dicha actuación sea precisamente en el sentido por él propuesto. Ello dependerá del alcance y contenido, más o menos discrecional, más o menos reglado, de la obligación de actuar cuyo incumplimiento se imputa a la institución⁴⁶⁵.

2.2.2.2. La fase judicial

Dice el tercer párrafo del artículo 37 TTA que dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, "el Tribunal emitirá la providencia correspondiente, con base en la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso", la cual será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena y "deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación".

Así, el Tribunal de Justicia al conocer el recurso no procederá a hacer la actividad a la que estaba obligado el órgano comunitario, como algunos estudiosos de este recurso propugnan en la doctrina contencioso-administrativa, sino que se limita a declarar la omisión y señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación. En la jurisdicción contencioso-administrativa se han presentado casos en los que el Tribunal ha llegado

⁴⁶² Sentencia TJCE de 22 de mayo de 1985, asunto Parlamento Europeo vs. Consejo (as. 13/83), REC. 1513.

⁴⁶³ Sentencia TJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto Parlamento Europeo vs. Consejo (as. 302/87), Rec. 5615.

⁴⁶⁴ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 427.

⁴⁶⁵ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 428.

incluso a dictar el acto omitido, estableciendo que la sentencia vale como tal al no hacerlo el órgano administrativo, ya sea como sentencia definitiva o como auto de ejecución, pero ello no lo creemos posible en la jurisdicción comunitaria andina, como tampoco lo ha sido en la europea.

Similar a lo que ocurre en la Comunidad Europea, aunque con algunas variaciones en los lapsos, en la Comunidad Andina, si dentro de los treinta días siguientes -en la Comunidad Europea este plazo es de dos meses- "no se accediere a dicha solicitud" -en la Comunidad Europea como ya vimos procede si no se ha definido la posición, lo que constituye en nuestro criterio una diferencia sustancial-, el solicitante podrá acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina "para que se pronuncie sobre el caso" -en términos similares, en la Comunidad Europea es para que "declare dicha violación"-.

Es decir, en la Comunidad Andina no hay plazo para acudir al Tribunal de Justicia luego de transcurridos los treinta días de contestación de la solicitud, lo que diferencia el recurso andino del establecido en el sistema jurisdiccional de la Comunidad Europea en el que los que tienen legitimación activa pueden acudir al Tribunal de Justicia dentro del plazo de dos meses, luego de concluido el anterior plazo del mismo tiempo para que el órgano comunitario defina su posición. En el caso de la Comunidad Andina pudiera aplicarse lo que hemos dicho en relación con el plazo inexistente en ambas experiencias comunitarias para requerir en vía administrativa el cumplimiento de las obligaciones, en el sentido que se aplique un plazo razonable que dependerá de cada caso y de las circunstancias que estén involucradas en el mismo.

Ahora bien, si durante el proceso judicial se produce la finalización de la omisión, consideramos que, al igual como lo viene sosteniendo el Tribunal de Luxemburgo, la desaparición del objeto del recurso imposibilita conducir a las consecuencias previstas en el tercer párrafo del artículo 37 TTA conforme al cual el Tribunal emitirá la providencia correspondiente que deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación⁴⁸⁸.

2.2.3. La legitimación activa

Tanto el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como los tratados constitutivos comunitarios europeos establecen una legitimación activa para poder poner en marcha el recurso por omisión con dos características comunes: a) hay una idéntica legitimación activa para intervenir tanto en la fase administrativa como en la fase judicial; b) hay dos categorías de sujetos legitimados que se pueden denominar demandantes privilegiados y demandantes no privilegiados. En la primera categoría se incluyen al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General y los Estados miembros, y en los segundos a los particulares.

⁴⁸⁸ Sentencia TJCE de 24 de noviembre de 1992, asunto *Bucke & Söhne* vs. Comisión (as. 15 y 108/91).

Como sucede en la jurisdicción contencioso-administrativa, la legitimación activa en ambos tipos de demandantes obedece a finalidades distintas que tienen que ver con los intereses que buscan tutelar cada una de esas categorías de demandantes, de tal forma que mientras los demandantes no privilegiados tratan de proteger sus derechos e intereses individuales, los demandantes privilegiados pueden actuar defendiendo sus propios derechos e intereses, pero también para proteger la legalidad comunitaria. Por ello, aquéllos deben demostrar un interés para intentar el recurso, mientras que los segundos no necesitan hacerlo ya que su propia condición basta para hacerse presentes en un procedimiento por omisión sin necesidad de demostrar un interés.

Así las cosas, en la Comunidad Andina, de acuerdo con el artículo 37 TTA, sólo los órganos comunitarios de los que pueden emanar actos con efectos jurídicos tienen legitimación activa y pasiva en este recurso. Por ello, el Parlamento Andino no tiene legitimación para el mismo, tal como ocurre en la acción de nulidad andina. En la Comunidad Europea, si bien el Parlamento Europeo siempre ha tenido legitimación para intentar el recurso por omisión, hasta el Tratado de Maástricht no la tenía expresamente para el recurso de anulación, aunque ya antes se la había dado jurisprudencialmente el Tribunal de Justicia. Sin embargo, en la Comunidad Andina, a diferencia de las Comunidades Europeas, ello es irrelevante porque el Parlamento no tiene facultad decisoria alguna, ni tiene competencia para emitir actos con efectos jurídicos dentro de la Comunidad, ni frente a terceros.

Igualmente, el Consejo Presidencial Andino tampoco tiene legitimación activa ni pasiva para intentar el recurso por omisión ya que no emite actos jurídicos como tales sino actos meramente políticos.

Al mismo tiempo, los particulares tienen la limitación en el recurso por inactividad, como ya dijimos antes, de que no pueden recurrir por omisión disposiciones de carácter general, disminución procesal que en el recurso de anulación europeo se subsana con la excepción de ilegalidad, pero que en el recurso por inactividad no puede hacerse, motivo por el cual, y siendo que el Tratado andino no establece expresamente ninguna limitación al respecto, consideramos que por motivos prácticos y jurídicos el Tribunal de Justicia andino debería aceptar el recurso por omisión de actos generales al no haber en este sistema jurisdiccional una vía judicial que subsane tal falta de control en lo que a los particulares se refiere.

En todo caso, en este recurso judicial comunitario que nos ocupa, a diferencia de la acción de nulidad, no importa tanto la forma, sino si en sus efectos el acto es individual para que los particulares puedan intentar un recurso por omisión. Se puede concluir que un particular tiene legitimación para llevar adelante un proceso por omisión en tanto el acto haya podido ser destinado a él, o lo que es lo mismo, es suficiente que el acto omitido concierna directa e individualmente al particular, sin tener que ser formalmente destinatario de él, para que éste pueda reclamar su omisión.

En pocas palabras podemos decir que las personas naturales y jurídicas, éstas son, los demandantes no privilegiados, tienen legitimación activa en el recurso por omisión o inactividad tanto si el acto omitido hubiera sido formalmente destinado a ellos, como si el acto omitido hubiese sido *de facto* destinado a los mismos, esto es, que el acto los afecte directa e individualmente, tal como sucede en la acción de nulidad⁴⁶⁷.

2.2.4. Los efectos de la sentencia

Tal como sucede en la Comunidad Europea, y a diferencia de lo que ocurre en el Tratado CECA en donde la sentencia en los recursos por omisión producen la nulidad del acto ficticio de rechazo, en los procesos por inactividad de una obligación expresa del ordenamiento comunitario andino, el Tribunal de Justicia sólo puede declarar la omisión ocurrida y las medidas que deben adoptarse, pero no tiene poder para dictar él mismo el acto omitido en violación del derecho andino. Todo lo que puede hacer el Tribunal de Justicia es constatar la ilegalidad producida por el comportamiento omisivo del órgano comunitario y hacérselo ver a éste.

En todo caso, el Tribunal de Justicia tiene facultades para señalar en la sentencia, además de la declaración antedicha, la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir su obligación, lo que obliga al órgano comunitario demandado a actuar en la forma establecida en la sentencia, aunque retiene las facultades discrecionales que la normativa andina le haya otorgado en el aspecto en concreto. Esta posibilidad equivale a lo que en el artículo 233 TCE se dispone en el sentido de que los órganos comunitarios están obligados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal comunitario.

Tal como lo dice Concepción Escobar Hernández, esta regulación de las obligaciones que genera la sentencia en el recurso por omisión en el órgano afectado "presenta el elemento común de que, en ambos Tratados, se excluye el carácter ejecutivo de la sentencia, quedando reservada la función ejecutiva a la institución concernida por la omisión"⁴⁶⁸. Esta circunstancia, en criterio de esta autora, "incide, simultáneamente, sobre las competencias del Tribunal de Justicia y sobre el propio contenido de la sentencia", de tal forma que el Tribunal de Justicia no puede en ningún caso "sustituir a la institución en el ejercicio de sus competencias ejecutivas, ni incluir en la decisión sobre el fondo contenido alguno que, en la práctica, equivalga a tal sustitución"⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Sentencia TJCE, caso Nordgetreide vs. Comisión (42/71), ECR. 105.

⁴⁶⁸ En sentido similar DE FARAMIÑAN GILBERT, *ob. cit.*, pp. 524-525.

⁴⁶⁹ ESCOBAR HERNANDEZ, *ob. cit.*, p. 110.

2.2.5. La adopción de medidas provisionales

En la Comunidad Andina, a diferencia de lo que puede suceder en la Comunidad Europea, no es posible para el juez comunitario dictar medidas provisionales en el recurso por omisión, que tengan validez hasta que se dicte la sentencia definitiva. Esto porque, según el Tratado de Creación del Tribunal andino, solamente es posible para este Tribunal dictar medidas cautelares en los casos de las acciones de nulidad (art. 21 TTA) y no están previstas expresamente para los recursos por omisión. La disposición que las prevé es específica para aquel tipo de acciones, a diferencia de lo previsto en el Tratado de la Comunidad Europea en el que las medidas cautelares pueden ser adoptadas por el Tribunal de Justicia en cualquiera de los asuntos que esté conociendo (art. 243 TCE).

Sin embargo, para algunos autores no es recomendable, aún siendo posibles por el Tratado, que el Tribunal europeo de Justicia adopte medida cautelar alguna en el marco de un recurso por omisión ya que puede producirse "un vaciamiento de las competencias ejecutivas de la institución concernida y su sustitución por el Tribunal", además de las serias dudas que para estos autores tienen estas medidas para ser idóneas como mecanismo temporal en este tipo de recursos⁴⁷⁰. No estamos de acuerdo con esta posición porque lo mismo podría decirse en los demás tipos de acciones y porque en algunos casos es indispensable de que, por lo menos temporalmente, se evite un daño al afectado por la omisión poniendo en su titularidad el derecho alegado⁴⁷¹.

Lamentablemente, el Tribunal de Luxemburgo parece compartir la opinión de la exclusión de medidas cautelares en los recursos por omisión cuando ha dicho que una medida de ese tipo "prejudgaría claramente la decisión sobre el fondo al reconocer la omisión" del órgano comunitario y al tomar en lugar de éste una decisión que sólo le corresponde a él⁴⁷². También en otra sentencia el Tribunal de Justicia ha dicho, a propósito de una solicitud de medidas de urgencia por la Comisión, que satisfacer tal demanda "equivaldría tomar una decisión positiva, a cargo del juez de urgencia, en el sitio que le corresponde a la Comisión, lo que sería, por tanto, contrario al equilibrio institucional resultante de los tratados constitutivos"⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Parecido criterio tiene Juan Manuel De Faramiñan Gilbert cuando dice que "la omisión está constituida por una decisión implícita de rechazo o por una abstención de pronunciarse, por lo que, si el Tribunal admite la aplicación de medidas provisionales, realizaría una injerencia en las competencias de la institución comunitaria requerida de actuar" (DE FARAMIÑAN GILBERT, *ob. cit.*, p. 525)

⁴⁷¹ Véase ESCOBAR HERNANDEZ, *ob. cit.*, p. 112.

⁴⁷² Auto TJCE, caso *Nuovo Campsider*, Rec. 1985, p. 756.

⁴⁷³ Auto TJCE, caso *National Carbonising Company Limited vs. Comisión* (as. 109/75), Rec. 1202.

Insistimos en que no consideramos acertada una posición como la del Tribunal de Justicia europeo en este punto ya que, si es por ello, las medidas cautelares en la mayoría de los casos no podrían dictarse, aún en los recursos de anulación. Además debería aplicarse la doctrina según la cual, como sucede en la acción de nulidad, una medida provisional no puede ser otorgada sino cuando el órgano judicial tenga una alta presunción de que la acción judicial es justificada y no en cualquier caso y sólo así se evita el riesgo, lo que quiere evitar el Tribunal, de adoptar decisiones que luego tengan que ser revocadas por inconvenientes.

2.2.6. La ejecución forzosa de la sentencia

No queremos terminar el análisis del recurso por omisión andino sin antes referimos a un aspecto que en la Comunidad Europea ha sido catalogado como problema.

Nos referimos a la ejecución de la sentencia en el recurso por omisión, la que en la Comunidad Europea ha sido considerada como imposible por la naturaleza no ejecutiva de dichas sentencias, lo que trae consigo, como lo destaca Escobar Hernández, "el grave peligro de que se prolongue en el tiempo una conducta omisiva declarada ilegal por el Tribunal", lo que constituye, sin lugar a dudas para esta autora, "una de las principales deficiencias del sistema de control de la legalidad"⁴⁷⁴.

En la Comunidad Andina, tomando en cuenta que su recurso por omisión tiene una influencia mayor de los recursos similares existentes en las jurisdicciones contencioso-administrativas de algunos países andinos que de los establecidos en el sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas, y en vista de que no está desarrollado un recurso por responsabilidad extracontractual, vía ésta con la que la Comunidad Europea pretende subsanar la falta de efectividad de las sentencias de los recursos por omisión justamente por su falta de ejecución forzosa⁴⁷⁵, creemos que es posible que el Tribunal de Justicia andino desarrolle una tesis según la cual este órgano judicial pueda suplir a los órganos comunitarios administrativos en el caso de que éstos no adopten las medidas necesarias para ejecutar la sentencia como lo prevé el artículo 37 TTA.

En efecto, dadas las características particulares del recurso por omisión que parecen desprenderse del Tratado del Tribunal andino, en donde este recurso es viable tanto frente a abstenciones como contra negativas expresas de obligaciones concretas y precisas de carácter enteramente reglado, bien cabría admitir que el Tribunal suplante al órgano comunitario en ausencia de discrecionalidad del órgano ejecutivo que debe darse en las obligaciones que permiten este recurso.

⁴⁷⁴ ESCOBAR HERNANDEZ, *ob. cit.*, p. 113.

⁴⁷⁵ En este sentido ESCOBAR HERNANDEZ, *ob. cit.*, p. 114.

No obstante, habrá casos en los que seguirá siendo difícil para el juez comunitario sustituir a la administración comunitaria, que tememos que puedan ser los más, ya que la mayoría de las facultades para dictar actos comunitarios están regladas sólo parcialmente, por lo que casi siempre existen aspectos discrecionales que hacen inviable en la práctica una posibilidad de ejecución forzosa por el juez comunitario directamente. Así sucede, por ejemplo, cuando en un acto comunitario esté reglada la oportunidad para dictarlo pero no su contenido, el cual solamente podrá ser definido por el órgano comunitario ejecutivo. En este caso, resulta difícil pensar que el Tribunal de Justicia pueda sustituir a aquél.

Insistimos, por lo demás, en que en algunos recursos por inactividad que han nutrido al recurso equivalente de la Comunidad Andina, claro está, existentes dentro de organizaciones estatales nacionales y no en las supranacionales como la Comunidad Andina donde todas las atribuciones de sus órganos deben estar establecidas en el derecho originario, se ha permitido que la Administración sustituya al órgano comunitario, ya sea en la sentencia directamente⁴⁷⁶ o para hacer la ejecución forzosa, esto es, si el órgano comunitario concernido no cumple voluntariamente con la sentencia⁴⁷⁷.

2.3. La interpretación prejudicial

Tal como sucede en las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el intérprete exclusivo y supremo de los tratados constitutivos de esta Comunidad y de todo el derecho derivado de los órganos andinos. En este ámbito se ha considerado que para evitar que las autoridades nacionales ocasionen una ruptura en la aplicación del derecho comunitario, si se deja por completo en sus manos tal aplicación, se ideó un mecanismo, a similitud de las Comunidades Europeas, en el que la interpretación suprema de las normas comunitarias es hecha por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Al igual que en Europa, la interpretación prejudicial tiene su origen en un proceso pendiente ante un órgano jurisdiccional interno y no siempre se solicita porque surja en el juez una duda acerca

⁴⁷⁶ Así se ha pronunciado la CPCA venezolana en sentencia del caso "Alfredo Yanucci Fuciardi", de 29 de octubre de 1987, cuando ha dejado establecido que "es perfectamente posible revisar la legalidad en un procedimiento de recurso de abstención, cuya finalidad no es la nulidad de alguna actuación, sino la de calificar de legítima o no una omisión tácita o expresa de la Administración en actuar, para que, de resultar ilegal, el Tribunal supla tal abstención o negativa, proveyendo el acto o el trámite omitido o negado" (BREWER-CARIAS y Ortiz-Alvarez, *ob. cit.*, p. 62).

⁴⁷⁷ En este sentido se pronuncia la sentencia CPCA, caso "Metaral, C.A.", de 19 de febrero de 1987, cuando dice que "la satisfacción del interés del recurrente no se lograría con una declaración respecto de un derecho o de un interés legítimo, sino que si la Administración no cumple voluntariamente, el acto se ejecute forzosamente mediante los poderes ejecutivos de que está dotado el Juez para lograr aquella satisfacción". En este sentido, continúa el tribunal venezolano, "también en el recurso de abstención el Juez puede sustituirse a la Administración si ésta no da cumplimiento a lo decidido con fuerza definitivamente firme" (BREWER-CARIAS y Ortiz-Alvarez, *ob. cit.*, p. 60).

del derecho comunitario sino porque en muchos casos tal interpretación es obligatoria por exigirla el tratado correspondiente, aunque el juez esté internamente convencido de la aplicación que debe dar de la norma andina y no tenga dudas al respecto.

Así las cosas, si bien la decisión de plantear la interpretación prejudicial es del juez nacional que está conociendo el proceso internamente, esta decisión está mediatizada por el tratado en los casos en que se dispone que es obligatoria, esto es, cuando se trata de un juez cuyas sentencias no serán revisadas posteriormente. Por ello, tal decisión no la adopta el juez nacional siempre en forma discrecional o considerando sólo su convencimiento interno frente a una norma comunitaria.

En las Comunidades Europeas el juez nacional goza de mayor discrecionalidad para solicitar la cuestión prejudicial de interpretación que en el sistema jurisdiccional andino y debe tener en cuenta que "aunque la valoración acerca de la necesidad de obtener una respuesta a las cuestiones de interpretación suscitadas, atendidas las circunstancias de hecho y de derecho implicadas en el proceso principal, es asunto del juez nacional, corresponde no obstante al Tribunal de Justicia, en orden a confirmar su propia competencia, examinar, cuando sea necesario, las condiciones en las que el caso le ha sido remitido por el juez nacional"⁴⁷⁸.

En la Comunidad Andina este aspecto de la discrecionalidad varía: no la hay tanta por parte del juez nacional para solicitar la interpretación prejudicial sino que se obliga en todos los casos, cuando es última instancia, a plantearla por el solo hecho de que estén involucradas normas comunitarias, aunque también el Tribunal ha dicho, como vamos a ver, que no basta la mera mención de las mismas en el proceso sino que es necesario que verdaderamente el juez observe que la resolución del caso depende del derecho comunitario. En todo caso, su convencimiento subjetivo sobre la interpretación que debe dársele a la norma comunitaria queda en un segundo plano tal como en Europa.

Ciertamente, al establecer la posibilidad de la interpretación prejudicial, la Comunidad Andina pareció no olvidar que la "piedra angular" de una comunidad de derecho no es sólo una "misma norma común" sino dicha norma "interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los tribunales de todos los Estados miembros"⁴⁷⁹. Justamente esto es lo que busca la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina, al igual que la cuestión prejudicial de interpretación en las Comunidades Europeas: colocar a un órgano comunitario, el Tribunal de Justicia, como el encargado de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por los jueces y tribunales nacionales a la hora de velar por la correcta aplicación del derecho comunitario,

⁴⁷⁸ Sentencia TJCE, caso 244/80, de 16 de noviembre de 1981, ECR. 3045.

⁴⁷⁹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 325.

"extendiendo la "comunidad" desde la fase de producción normativa, a través de su interpretación uniforme, hasta la fase aplicativa"⁴⁸⁰.

Este mecanismo está recogido en el artículo 32 TTA en los siguientes términos: "[c]orresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros".

Luego, el artículo 33 TTA establece que "[l]os Jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno". Y luego, este mismo artículo dispone que "[s]i llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso".

Finalmente, el aparte único del artículo 33 TTA deja establecido que "[e]n todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal".

De acuerdo con el artículo 34 TTA, "[e]n su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto". El Tribunal no podrá interpretar, como lo dice el mismo artículo, "el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada".

Los artículos antes transcritos contienen la llamada en Europa cuestión prejudicial de interpretación, que en el ámbito andino pudiéramos llamar la interpretación prejudicial propiamente dicha⁴⁸¹, en la que el órgano jurisdiccional nacional solicita al tribunal comunitario le aclare el sentido mismo en el que debe ser interpretado el derecho comunitario cuya validez no se discute. Ya veremos que en la llamada por nosotros "interpretación prejudicial de validez" (artículo 20 TTA) que,

⁴⁸⁰ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 326.

⁴⁸¹ Ya veremos que, en nuestro criterio, en la Comunidad Andina, a partir del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de 1996 (Protocolo de Cochabamba) en su artículo 20 (1º párrafo), también hay una figura judicial equivalente a la cuestión prejudicial de validez europea que pudiéramos llamar "interpretación prejudicial de validez", y no "excepción de ilegalidad" como la llaman algunos en el ámbito andino, ya que no coincide exactamente con la figura del mismo nombre existente en el derecho procesal comunitario europeo del mismo nombre sino más bien con la cuestión prejudicial de validez porque con ella lo que se busca es la inaplicación de una norma comunitaria en un caso concreto del que conozca un juez nacional, por considerarse inválida.

por el contrario, si se busca afectar la legalidad o constitucionalidad misma del derecho comunitario para un caso concreto, aunque no la eliminación de la norma comunitaria de forma definitiva, buscando la inaplicación de la norma que sea considerada inválida y que no pudo ser eliminada del ordenamiento jurídico por la acción de nulidad, entre otras razones por no tener los solicitantes en su momento legitimación activa para impugnarla en nulidad.

Como puede colegirse de los artículos anteriores, la interpretación prejudicial es un mecanismo de colaboración entre los tribunales nacionales y el órgano jurisdiccional andino. Esta colaboración, como apunta Andueza, "no significa subordinación de una jurisdicción a otra ni pérdida o restricción de la autonomía de los jueces nacionales"⁴⁸². Se busca que el derecho comunitario andino sea interpretado por autoridades comunitarias, para así conseguir la uniformidad indispensable en todo proceso de integración supranacional. Pero en lugar de crear una compleja jurisdicción andina, con tribunales comunitarios en cada país, se prefirió encomendar a los tribunales nacionales la función de aplicar el derecho comunitario y se dejó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como en Europa, la competencia para interpretarlo con la finalidad de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros⁴⁸³.

En efecto, la interpretación prejudicial tiene por finalidad asegurar la interpretación uniforme del derecho comunitario andino en los países miembros⁴⁸⁴. En este sentido, la interpretación prejudicial cumple la misma función que el recurso de casación tiene en el derecho interno. Si no existe un tribunal encargado de garantizar la aplicación uniforme del derecho, se corre el riesgo de que en la práctica coexistan varios derechos según la interpretación y la aplicación que de ellos hagan los jueces. Si se deja a los jueces nacionales la competencia para interpretar el derecho comunitario, es posible que por la falta de especialización en el derecho comunitario y por el juego de los intereses nacionales, se termine dando a este derecho interpretaciones distintas en cada país miembro. Esta situación tendría por consecuencia que, en vez de un derecho común, se tengan tantos derechos como países miembros⁴⁸⁵.

⁴⁸² ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 126.

⁴⁸³ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 126.

⁴⁸⁴ El Tribunal andino ha dicho que la finalidad de la interpretación prejudicial es "lograr que se aplique uniformemente el derecho comunitario en el territorio de los países miembros buscando de esta manera crear una doctrina armónica y estable favorable al proceso de integración, de donde los principios interpretativos contenidos en cada sentencia del Tribunal Comunitario, deben ser aplicables exclusivamente al caso concreto consultado" (sentencia TJCA, proceso 6-IP-99, de 18 de junio de 1999, GOAC No. 468 de 12 de agosto de 1999, p. 20.28).

⁴⁸⁵ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 129.

En todo caso, la interpretación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina ha de ser fundamentalmente finalista o teleológica. Como lo indica la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el tratado "deberá interpretarse de buena fe conforme a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". El sentido gramatical debe ceder cuando la intención de las partes es darle a una palabra o a una expresión "un sentido especial (artículo 31 de la Convención)⁴⁸⁶.

En este sentido se ha expresado el Tribunal de Justicia andino en cuanto a los métodos de interpretación. La jurisprudencia del mismo ha tenido en cuenta la realidad y características esenciales del derecho de la integración y la contribución tan importante que en esta materia tiene el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por estas consideraciones, para el Tribunal, corresponde el empleo preferente de los métodos de interpretación llamados "funcionales", como los métodos sistemáticos y de interpretación teleológica, sin dejar de utilizar, si fuese el caso, los demás universalmente admitidos, "con la advertencia de que el método teleológico, que adquiere connotación especial en el derecho comunitario como normativa de un proceso de realizaciones conjuntas para el logro de un objetivo común, es el que mejor se adapta a la naturaleza propia de la decisión prejudicial en cuanto tiene en cuenta el "objeto y fin" de la norma, o sea, en último término, el proceso de integración de la Subregión Andina, que es el propósito que inspira la suscripción del Acuerdo de Cartagena"⁴⁸⁷.

2.3.1. Características generales

La prejudicialidad significa que el juez nacional que conoce de un proceso en que se deban aplicar algunas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina puede o debe, según los casos, solicitar al Tribunal de Justicia andino la interpretación de dichas normas.

Corresponde al juez nacional apreciar si la interpretación de la norma comunitaria es necesaria para decidir la causa. Puede suceder que, no obstante el alegato de alguna de las partes, la norma comunitaria alegada nada tenga que ver con la litis⁴⁸⁸. La consulta se debe hacer cuando el

⁴⁸⁶ ANDUEZA, *El Tribunal de...*, pp. 129-130.

⁴⁸⁷ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-87, GOAC N° 28 de 15 de febrero de 1988 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 106).

⁴⁸⁸ No solamente el Tribunal andino ha considerado que el juez nacional puede rechazar la solicitud de interpretación de una norma comunitaria si nada tiene que ver con la litis, sino que también puede el Tribunal comunitario "...para cumplir con la finalidad de la interpretación, esto es, "de dar alcance al cuerpo legal en el conjunto de materias pertinentes al caso controvertido, adicionando o restringiendo, según el asunto de que se trata, el acervo de normas citadas por el juez nacional a fin de lograr una comprensión global del caso consultado", determinar "cuáles son las normas

derecho alegado por el demandante se fundamenta en una norma del derecho comunitario andino o cuando la defensa sostenga sus excepciones en una norma del mismo ordenamiento jurídico⁴⁸⁹. Si la norma comunitaria no tiene una relación directa con los derechos de las partes procesales, el juez nacional se debe abstener de hacer la consulta⁴⁹⁰.

También podría decirse, como en Europa, que el juez nacional se debe abstener de solicitar la interpretación prejudicial cuando sobre la norma invocada existe ya abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero esto último no ha sido aceptado todavía por el Tribunal andino cuando deban aplicarse normas comunitarias en el ámbito nacional y se trate de un juicio en el que no hay ulteriores recursos judiciales⁴⁹¹. Solamente en los casos en los que la solicitud de interpretación prejudicial es discrecional del juez nacional, esto es, cuando haya ulteriores recursos a su sentencia, es que éste puede abstenerse de solicitarla si considera que sobre la norma invocada existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia y no hay necesidad de tal interpretación.

Así pues, si no es un juez de única instancia o el superior máximo de la jerarquía judicial, el juez nacional goza de cierta discrecionalidad para solicitar la interpretación prejudicial y puede aplicar la doctrina europea del acto aclarado. En todo caso, el juez siempre deberá analizar si verdaderamente la norma comunitaria alegada tiene aplicación en la litis o hay otras normas de este tipo involucradas en el caso planteado que también deban ser interpretadas. Esto también debe hacerlo el juez nacional que esté obligado a solicitar la interpretación prejudicial ya que ello no tiene que ver con la discrecionalidad que tenga el juez nacional en esta vía judicial comunitaria.

No obstante la clara delimitación de competencias entre el tribunal comunitario, que interpreta el derecho andino, y los jueces nacionales, que solamente lo aplican en la práctica, se

pertinentes a interpretar, sugeridas o no por el requirente" (sentencia TJCA, proceso 7-IP-98, de 7 de abril de 1998, GOAC No. 349 de 19 de junio de 1998, p. 27).

⁴⁸⁹ Según el Tribunal andino, "...este Tribunal es competente para interpretar en vía "prejudicial" las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, siempre que la solicitud provenga de un juez nacional actuando en función de juez comunitario, como lo es en el caso la alta jurisdicción consultante, y en tanto en cuanto aquellas resulten pertinentes -a juicio del Tribunal Andino- para la resolución del litigio interno" (sentencia TJCA, proceso 5-IP-96, de 28 de noviembre de 1997, GOAC No. 450 de 27 de abril de 1998, p. 4.48).

⁴⁹⁰ El Tribunal ha sostenido que "...las normas por interpretar deben ser aquellas que el juez nacional aplicará para la resolución del caso sometido a su jurisdicción" (sentencia TJCA, proceso 38-IP-98, de 22 de enero de 1999, GOAC No. 419 de 17 de marzo de 1999, pp. 30-31).

⁴⁹¹ Según el Tribunal de Justicia andino "[l]a consulta es obligatoria para los Tribunales Nacionales de última instancia, sin que esto signifique que se atenta contra su independencia pues, en este caso, el Juez Nacional actúa como Juez Comunitario. (...) La consulta obligatoria deberá ser solicitada por el Juez Nacional en todo proceso que debe aplicarse alguna de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina" (sentencia TJCA, proceso 6-IP-99, de fecha 18 de junio de 1999, GOAC No. 468 de 12 de agosto de 1999, p. 20.28).

obscorece a la hora de hacer la diferenciación. En efecto, pareciera imposible deslindar la aplicación de las normas de su interpretación porque para aplicar una disposición es preciso conocer previamente su sentido y alcance. Si esto es así, el juez nacional no podría aplicar el derecho comunitario andino si antes no lo interpreta, con lo cual el recurso de interpretación ante el tribunal andino carecería de justificación⁴⁹².

Este problema ha sido aclarado, según Andueza, cuando se distingue la interpretación de la llamada cuestión interpretativa. Si por interpretación se entiende determinar el sentido y alcance de una norma, indudablemente que el juez nacional tiene que interpretar el derecho comunitario andino antes de aplicarlo. Incluso en el caso de que aplique una sentencia interpretativa, el juez tiene necesariamente que entenderla y descubrir su sentido. A veces sucede que el juez inferior no aplica correctamente la interpretación dada por el tribunal superior porque no entendió la interpretación dada⁴⁹³.

Distinto es el caso, para Andueza, de la cuestión interpretativa. Se entiende por ella la determinación del sentido y alcance de una norma cuando ellos son dudosos. "Por interpretación se entiende la definición del sentido de una disposición cuando ese sentido y su objetivo no están claros según el texto"⁴⁹⁴. De acuerdo con esta teoría, si el texto es claro e inequívoco, el juez nacional aplicará directamente el derecho comunitario. En cambio, si el texto es oscuro y su sentido es dudoso, el juez nacional debe acudir al Tribunal Andino de Justicia y pedir la interpretación del texto. Sin embargo, la cuestión central es la de determinar cuándo una norma comunitaria es clara o dudosa⁴⁹⁵.

Ahora bien, si se acepta la distinción entre interpretación y cuestión interpretativa, es indispensable determinar, con cierta precisión, lo que debe entenderse por esta última. Existe una cuestión interpretativa cuando la norma que se va a aplicar es susceptible de varias interpretaciones. Esa variedad de interpretaciones puede surgir de la propia controversia. El litigio se puede derivar de la dispar interpretación de la norma comunitaria que hagan las partes. En este caso, el juez nacional debe promover la cuestión prejudicial de interpretación⁴⁹⁶.

⁴⁹² ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 146.

⁴⁹³ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 147.

⁴⁹⁴ ROEMER, citado por ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 147.

⁴⁹⁵ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 147.

⁴⁹⁶ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 149.

Al tener la interpretación prejudicial un fin concreto como es la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el Tribunal no puede ir más allá de interpretar, en primer lugar, ni interpretar normas distintas al los tratados constitutivos, las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina⁴⁹⁷.

Por lo tanto, cada vez que un juez nacional tenga que aplicar alguna de las normas del derecho comunitario andino, en los términos del artículo 1 TTA, deberá presentar al Tribunal de Justicia la solicitud de interpretación, independientemente de los mecanismos previstos en el derecho interno para resolver los conflictos de normas en el tiempo y en el espacio (art. 33 TTA).

Tal como lo ha dejado sentado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la consulta prejudicial, que por su misma naturaleza equivale a una solicitud que hace el juez nacional al tribunal comunitario para que éste le preste una colaboración que resulta indispensable para la correcta aplicación de las normas del derecho de la integración, puede y debe ser formulada de oficio, lógicamente. Pero si una de las partes en el proceso es la que solicita al juez nacional que proceda a elevar la consulta, a lo cual tiene pleno derecho en cualquier momento del proceso, en ningún caso tal solicitud podrá ser sometida a un trámite procesal que no se compagine con su naturaleza y su finalidad. Así, por ejemplo, sería ilógica y carecería de toda base jurídica, la aplicación a tal solicitud de las normas procesales que regulan el régimen probatorio, señalando términos perentorios y oportunidades precisas para decretar y practicar pruebas. La consulta prejudicial, en cambio, es un requisito para dictar sentencia que se puede cumplir en cualquier tiempo y no puede asimilarse en ningún caso a una prueba⁴⁹⁸.

En consecuencia, la solicitud de interpretación prejudicial y la petición de parte para que el juez nacional proceda a ella se pueden hacer en cualquier estado y grado de la causa pues lo que se plantea es una cuestión de mero derecho, como es la interpretación de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Distinta es la solución en la legislación interna para las cuestiones

⁴⁹⁷ Ha dicho el Tribunal de Justicia andino que "...el Tribunal no puede pronunciarse sobre las normas constitucionales invocadas por la demandante, ni sobre los motivos a causas de su violación, porque le está vedado según la norma citada interpretar el contenido y alcances del derecho nacional o calificar los hechos materia del proceso. Por tanto, el Tribunal se limitará a precisar el contenido y alcances del derecho nacional o calificar los hechos materia del proceso" (sentencia TJCA, proceso 29-IP-98, de 22 de enero de 1999, GOAC No. 450 de 21 de junio de 1999, p. 5.36).

⁴⁹⁸ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-87, GOAC No. 28 de 15 de febrero de 1988 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 104).

de hecho en las cuales sí existe una oportunidad procesal para que las partes puedan promoverlas o presentarlas ante el juez nacional⁴⁹⁹.

De acuerdo con lo ya indicado, la obtención de la sentencia interpretativa es obligatoria para el juez nacional cuyas sentencias no tienen ulteriores recursos internos (art. 33 TTA), quien no puede apartarse de los criterios que le señale el Tribunal comunitario en cuanto a lo que debe ser el correcto entendimiento de las normas del derecho de la integración, tal como lo dispone el artículo 35 TTA.

Además, debe considerarse que la interpretación que en su sentencia establezca el tribunal comunitario rige tan solo para el caso concreto objeto de la consulta (art. 34 TTA) y por tanto no exime al juez nacional de última instancia de su obligación de consultar al Tribunal de Justicia el que ya existan interpretaciones en casos idénticos, aunque sean enteramente aplicables al caso que estén conociendo. En la Comunidad Europea, en cambio, los jueces nacionales pueden aplicar la doctrina del acto aclarado si consideran que la norma comunitaria involucrada en el litigio principal ya ha sido interpretada en un caso similar por el Tribunal de Justicia, lo que les permite no solicitar la cuestión prejudicial aunque se trate de un juez de los que según el Tratado está obligado a hacerlo, esto es, cuyas sentencias no tienen ulteriores recursos⁵⁰⁰.

La diferencia entre ambos sistemas judiciales radica en que en el europeo la aplicación de la doctrina del acto aclarado, que permite a un juez decidir no solicitar la cuestión prejudicial por existir ya una sentencia del Tribunal de Justicia aplicable al caso que estén conociendo, la pueden hacer los

⁴⁹⁹ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-87, GOAC No. 28 de 15 de febrero de 1988 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 104).

⁵⁰⁰ En la Comunidad Europea hay una excepción a la obligación de plantear la cuestión prejudicial si el Tribunal de Justicia ha decidido con anterioridad sobre la interpretación de que se trate. En este caso, como dice García de Enterría, "no es que el caso sea claro, según la doctrina de *acte clair*, es que está perfectamente aclarado o interpretado por el propio Tribunal de Justicia, de modo que ha desaparecido ya toda posible duda interpretativa".

Como destaca Alonso García, en la sentencia *Da Costa* el Tribunal europeo hizo hincapié en que la doctrina del acto aclarado entraba en juego cuando la cuestión de interpretación que se planteaba era "materialmente idéntica" a otra ya planteada y resuelta con anterioridad, precisamente en el marco de otra cuestión prejudicial, lo cual no excluía ampliaciones ulteriores de su autoridad interpretativa, dado el empleo de la expresión "particularmente" al inicio de la matización formulada. La ampliación ulterior, como dice Alonso García, vendría de la mano de CILFIT, en la que el Tribunal, tras recordar *Da Costa* añadió que "el mismo efecto, por lo que respecta a los límites de la obligación formulada por el artículo [234], párrafo 3, puede resultar de una jurisprudencia establecida por el Tribunal al resolver el punto de derecho controvertido, *cualquiera que sea la naturaleza de los procesos que han dado lugar a esa jurisprudencia, incluso a falta de una estricta identidad de las cuestiones en litigio*".

Puede así afirmarse, como lo hace Alonso García, que una cuestión ya interpretada por el Tribunal de Justicia exime de la obligación de plantear la cuestión (véase el interesante desarrollo de este tema que hace ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 347-ss.).

jueces que obligatoriamente deben solicitar la cuestión prejudicial según el Tratado⁵⁰¹. En cambio en el sistema andino la posibilidad de acogerse a la doctrina del acto aclarado por parte de un juez nacional de última instancia no está permitida porque en todos los casos ese juez debe acudir al Tribunal de Justicia si están cumplidos los requisitos para ello establecidos en el Tratado del Tribunal, aunque haya alguna sentencia anterior que puedan aplicar al caso que están conociendo y que hace innecesario tal trámite. Ello porque, como bien lo dice el Tribunal de Justicia andino, debe considerarse que la finalidad propia de la consulta prejudicial de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se completa, obviamente, con la de ir formando una jurisprudencia o una doctrina uniforme en la subregión⁵⁰².

Igualmente, hay una diferencia importante en lo que se refiere a la doctrina del acto claro que se ha establecido en Europa. Según ésta, puede haber la exclusión de la obligación de plantear la cuestión prejudicial por los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso si se presenta la inexistencia de una duda razonable objetiva⁵⁰³, que no la convicción subjetiva del juez nacional acerca de una determinada interpretación. Esto no puede hacerlo el juez nacional andino porque aunque haya inexistencia de una duda razonable objetiva, debe consultar necesariamente al Tribunal de Justicia si es un órgano jurisdiccional cuyas sentencias no admiten posterior recurso. Esto a diferencia de la facultad interpretativa que tienen los jueces nacionales cuyas decisiones son recurribles, sobre cuya base sí que cabe resolver, sin actuar el mecanismo de

⁵⁰¹ La doctrina del acto aclarado no solamente es que dispensa a los jueces nacionales que resuelven en última instancia de la obligación de plantear la cuestión prejudicial en la Comunidad Europea, siempre que se atengan a la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia se sobreentiende, sino que también "desplaza la discrecionalidad interpretativa de la que, antes de entrar ella en juego, gozaban los órganos cuyas decisiones son recurribles, sometidos en el futuro, una vez producida tal entrada en juego, a la interpretación procedente de Luxemburgo" (ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 351).

⁵⁰² Sentencia TJCA, proceso 1-IP-87, GOAC No. 28 de 15 de febrero de 1988 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, pp. 104-105).

⁵⁰³ En la sentencia TJCE, caso CILFIT, de 6 de octubre de 1982 (283/81), el Tribunal partió de la admisión de la doctrina del acto claro señalando que "la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de plantear la cuestión planteada (sic)" (negritas nuestras). Sin embargo, como apunta Alonso García, el Tribunal inmediatamente matizó que "antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y al Tribunal de Justicia", de forma que "sólo si esas condiciones se cumplen, el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad", aunque según el Tratado la consulta deba hacerla.

Así pues, el Tribunal europeo admite la doctrina del acto claro, pero supeditada a la inexistencia de cualquier duda razonable no sólo para el órgano jurisdiccional que conoce del litigio principal, sino para el resto de las jurisdicciones de los Estados miembros y para el propio Tribunal de Justicia, o lo que es igual, supeditada al pleno convencimiento de que la cuestión sería resuelta del mismo modo tanto por aquéllos como por éste (véase el interesante desarrollo de este tema que hace ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 343-ss).

consulta comunitario, con fundamento en la propia convicción, lo que puede hacerse tanto en la Comunidad Europea como en la Andina.

A lo más que ha llegado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es a decir que "[l]a ya reiterada jurisprudencia releva al Tribunal de profundizar sobre una materia que ha quedado aclarada, de manera que en esta ocasión sólo será necesario referirse a las interpretaciones prejudiciales 1-IP-94 y 2-IP-94 para resaltar la presencia de un doble fenómeno en cuanto a los efectos de la ley en el tiempo", con lo cual el Tribunal lo que está haciendo es aplicar la doctrina del acto aclarado europea, pero sólo a los fines de la profundidad del análisis de la sentencia en el punto sometido a su consulta, pero no para que ello permita al juez nacional actuar con discrecionalidad para la solicitud de la interpretación prejudicial en los casos en los que según el Tratado ello no puede hacerse⁵⁰⁴.

La función del Tribunal de Justicia andino, en consecuencia, en la interpretación prejudicial es únicamente la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico. Por tal interpretación debe entenderse la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, tarea esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al juez nacional, dentro de las correspondientes esferas de competencia. No puede referirse, entonces, el Tribunal al cotejo y adaptación entre el contenido general de la norma que interpreta y los hechos concretos y particulares. La exigencia del Estatuto de que tales hechos se informen al Tribunal de manera sucinta ha de entenderse, entonces, no en el sentido de que éste se ha de pronunciar sobre ellos, lo cual está vedado, sino para que, conociéndolos, pueda el Tribunal enfocar u orientar la doctrina de suerte que su interpretación resulte útil para el juez nacional que deba fallar. De otro modo, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general o abstracta en el inagotable universo de la teoría jurídica, e inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario⁵⁰⁵.

Ha advertido el Tribunal de Justicia andino a este respecto que en el caso de que una norma comunitaria objeto de consulta haya sido adoptada como norma interna en el país miembro de donde proviene dicha consulta, no por ello pierde su competencia el tribunal comunitario ya que la norma sigue perteneciendo al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, sin perjuicio de su carácter de norma nacional⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Sentencia TJCA, proceso 5-IP-94, GOAC N° 177 de 20 de abril de 1995, p. 4.32.

⁵⁰⁵ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-87, GOAC No. 28 de 15 de febrero de 1988 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 105).

⁵⁰⁶ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-87, GOAC No. 28 de 15 de febrero de 1988 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I p. 105).

2.3.2. La legitimación activa: el carácter de juez nacional

La interpretación prejudicial es un mecanismo en el que la legitimación activa siempre la tiene un juez nacional. Si bien el artículo 32 TTA se limita a indicar que es función del organismo jurisdiccional andino la de interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros, el mismo Tratado, a renglón seguido -artículo 33 TTA-, consagra la acción correspondiente de la cual son titulares tan solo los jueces nacionales que conozcan de un proceso en que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina⁵⁰⁷.

De otra parte, la Decisión 184 de la Comisión de la Comunidad Andina, que contiene el Estatuto del Tribunal de Justicia andino, reglamenta la acción de consulta prejudicial en términos detallados y precisos, puntualizando en sus artículos 61 al 64, como era indispensable, los requisitos, trámites y consecuencias o efectos de dicha acción, en los cuales solamente los jueces nacionales pueden solicitar esta interpretación.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico andino no tiene ninguna disposición referente a la facultad o función interpretativa asignada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina diferente a los citados artículos 32 y 33 TTA, que no permitan concluir que no existe en el derecho andino algo parecido a una acción pública de consulta que permita a los particulares, sin distinción alguna, acudir directa y libremente ante este Tribunal para obtener de él las interpretaciones o conceptos cuya obligatoriedad y alcance no han sido regulados.

Resulta entonces, según la jurisprudencia andina, que la función de interpretación prejudicial consagrada en términos generales en el artículo 32 TTA y desarrollada en los artículos 33, 34, 35 y 36 TTA, en cuanto a los particulares se refiere carece en absoluto de procedencia y mucho menos de un procedimiento expreso, previamente determinado por la ley. Y, como lo dice el Tribunal, "no hay jurisdicción sin acción, como lo afirma Calamandrei, por lo cual es inadmisibile la solicitud de interpretación por parte de un particular"⁵⁰⁸.

En otros términos, en criterio del Tribunal andino, la legitimación para solicitar a este Tribunal una interpretación jurídica por vía prejudicial está reconocida únicamente a los jueces nacionales de los países miembros, en los casos específicos señalados en el artículo 33 TTA. Ninguna otra

⁵⁰⁷ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-89, GOAC N° 43 de 30 de mayo de 1989 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, pp. 1-2).

⁵⁰⁸ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-89, GOAC No. 43 de 30 de mayo de 1989 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 2).

persona tiene la facultad, según el Tratado y el propio Tribunal, para promover dicha interpretación, y en consecuencia, el mismo carece de competencia para conocer solicitudes de interpretación prejudicial que provengan de personas que no sean jueces nacionales, aunque estén conociendo de una causa concreta en la cual deba aplicarse el ordenamiento jurídico andino, puesto que las providencias que en esta materia dicta el Tribunal no están destinadas simplemente a resolver consultas o a esclarecer los alcances de normas comunitarias de modo general. Por el contrario, tales pronunciamientos están destinados a resolver controversias jurídicas concretas sometidas a la decisión de los jueces nacionales en los términos del artículo 33 TTA⁵⁰⁹.

Sin embargo, la contundencia y radicalidad de esta última afirmación del Tribunal de Justicia andino parece suavizarse posteriormente, quizá tomando en cuenta lo que ha pasado en Europa donde se ha aceptado que la expresión "órgano jurisdiccional" puede incluir a los órganos administrativos que resuelvan controversias, cuando en otra sentencia dijo, refiriéndose a un órgano administrativo, que, según los alegatos de la entidad solicitante, resolvía controversias en primera instancia "administrativa" en los procesos de su competencia, "que surten segunda instancia ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual"⁵¹⁰, que "puede darse el caso de organismos a los cuales las leyes nacionales encargan definir, en materias especializadas, algunas controversias específicas, como podría ser un Tribunal especial, para el caso de que llegare a establecerse su calidad y funciones de órgano contencioso administrativo".

Si bien en este último caso el Tribunal andino se consideró incompetente para resolver la consulta planteada por un órgano administrativo, sin embargo lo hizo diciendo que el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI) de Colombia "no ha aclarado la calidad de órgano jurisdiccional de dicha entidad". El Tribunal, pese a tener los elementos para decir que el INDECOPI no era un juez nacional, sin embargo dijo que este organismo no había "aclarado la calidad de órgano jurisdiccional", como diciendo que aún siendo un órgano administrativo podía haber demostrado que ejercía funciones jurisdiccionales, caso en el cual el Tribunal probablemente hubiera aceptado su legitimación activa para solicitar la interpretación prejudicial por los términos en los cuales negó tal solicitud.

Con esta sentencia, hay la posibilidad de que el Tribunal andino en el futuro maneje la tesis europea del "órgano jurisdiccional", de manera de permitir a los órganos administrativos que ejerzan funciones jurisdiccionales puedan solicitar la interpretación prejudicial. Es importante destacar que el Tribunal andino utilizó en esta sentencia el término "órgano jurisdiccional", tal como lo hace el

⁵⁰⁹ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-89, GOAC No. 43 de 30 de mayo de 1989 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 2).

⁵¹⁰ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-93, GOAC No. 146 de 31 de enero de 1994 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 176).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas basado en el tratado que lo regula, lo que ha permitido en Europa que este tribunal pueda conocer de cuestiones prejudiciales solicitadas por órganos administrativos jurisdiccionales ya que el artículo 234 TCE habla de "órgano jurisdiccional" y no de "juez nacional" como el Tratado andino, motivo por el cual en Europa se ha interpretado que puede incluir a los órganos administrativos con ciertas características que ejerzan funciones jurisdiccionales, siendo éstas, y no la naturaleza jurídica original del órgano, las que parecen primar en la determinación de la legitimación activa para esta solicitud y que las puede realizar cualquier órgano del Estado y no solo los judiciales. En cambio, el Tratado del Tribunal andino utiliza el término "juez nacional", que es más restrictivo y no permite incluir a los órganos administrativos aunque realicen funciones jurisdiccionales.

En todo caso, en Europa la noción de órgano jurisdiccional es una noción comunitaria, "pues lo contrario supondría dejar la noción en manos de los propios ordenamientos jurídicos nacionales, cuya variedad al respecto podría implicar que el alcance del artículo 234 no fuera homogéneo, quedando la eficacia del mecanismo por él instituido sometida al riesgo de distorsiones"⁵¹¹.

2.3.3. Las limitaciones del tribunal comunitario

En la interpretación prejudicial, de acuerdo con el artículo 34 TTA, éste no puede "interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada". Estas ideas han sido ratificadas por el Tribunal en sus sentencias cuando ha dicho que éste no puede ingresar en el análisis de los aspectos procesales de derecho interno, ni de las presuntas violaciones de normas constitucionales y administrativas que pudiera haberse producido en el trámite de la solicitud, ni interpretar el contenido y alcance del derecho nacional, ni calificar los hechos materia del proceso⁵¹².

En otros casos, el Tribunal andino ha dicho que "[l]a función de este Tribunal (...) en el tipo de acción de que se trata, es únicamente la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico. Por tal interpretación debe entenderse la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, tarea esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al Juez nacional, como ya se indicó, dentro de las correspondientes esferas de competencia". Termina el Tribunal diciendo que "[n]o puede referirse entonces el Tribunal

⁵¹¹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 327.

⁵¹² Sentencia TJCA, proceso 7-IP-94, GOAC N° 174 de 21 de marzo de 1995, p. 4.8.

al cotejo y adaptación entre el contenido general de la norma que interpreta y los hechos concretos y particulares⁵¹³.

El Tribunal en la misma sentencia anterior ha manifestado que "[s]e ha establecido así un sistema de división de trabajo y de colaboración armónica entre los Jueces nacionales encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que el compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno (art. 30 del Tratado), para no interferir con la tarea que es de exclusiva competencia del Juez nacional"⁵¹⁴.

Además, según la jurisprudencia andina, "debe tenerse en cuenta que los jueces nacionales, que son por supuesto autónomos para la interpretación y aplicación del derecho interno, son los jueces "ordinarios", "naturales" o "de derecho común" para la aplicación del derecho comunitario andino, y que este Tribunal tan solo tiene una competencia excepcional, específica o de mera "atribución" para interpretar el derecho integracionista por la vía prejudicial, a fin de procurar la indispensable uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho común"⁵¹⁵.

Como puede verse, igual a la cuestión prejudicial de interpretación de la Comunidad Europea, el Tribunal andino ha limitado muy fervientemente, aplicando los términos del Tratado de su creación, las normas que impiden a este tribunal analizar los hechos y el derecho nacional de una forma tal que pueda interpretarse que está invadiendo competencias nacionales. Por esta razón, el Tribunal andino sólo analiza estos aspectos únicamente en determinadas situaciones, esto es, cuando "sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada" (artículo 34 TTA⁵¹⁶), o lo que es lo mismo que los hechos materia del proceso puestos en conocimiento del Tribunal le permitan "enfocar u orientar la doctrina de suerte que su interpretación resulte útil para el juez nacional que debe fallar"⁵¹⁷.

⁵¹³ Sentencia TJCA, proceso 6-IP-94, GOAC N° 170 de 23 de enero de 1995, p. 17.20.

⁵¹⁴ Sentencia TJCA, proceso 6-IP-94, GOAC N° 170 de 23 de enero de 1995, p. 17.20.

⁵¹⁵ Sentencia TJCA, proceso 4-IP-89, GOAC N° 66 de 4 de junio de 1990 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 31).

⁵¹⁶ Este artículo lo que vino fue a incorporar en el Tratado del Tribunal, a partir del Protocolo de Cochabamba, lo que ya el órgano judicial andino venía haciendo en sus sentencias, pero que no estaba previsto expresamente en las normas.

⁵¹⁷ Sentencia TJCA, proceso 17-IP-95, GOAC N° 199 de 26 de enero de 1996, p. 27.44.

En este sentido, ha dicho el Tribunal andino, "al juez comunitario le corresponde, respecto del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, determinar las normas que han de interpretarse. O, para aplicar la doctrina moderna (Eduardo J. Couture), puede decirse que a este Tribunal le corresponde hacer el ejercicio de subsumir o de buscar el eslabón que debe existir entre la situación concreta que se desprende de la síntesis de los hechos y la hipótesis o previsión abstracta contenida en la normativa andina que ha de interpretarse por el juez comunitario y adoptarse por el juez nacional"⁵¹⁸.

En otra sentencia y siempre en relación con este aspecto, el Tribunal andino ha dicho que tanto los Tratados de las Comunidades Europeas como el Acuerdo de Cartagena, ubican la interpretación prejudicial como el procedimiento técnico para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario y más exactamente para garantizar a ese derecho en toda circunstancia el mismo efecto en los Estados miembros, y el Tribunal, si bien no está llamado a resolver directamente el caso sometido al juez nacional, debe sin embargo interpretar la norma comunitaria pertinente. Según el Tribunal, la utilización de la interpretación para la solución de un caso concreto depende siempre y exclusivamente del juez nacional, el que sin alterar debe tomar en cuenta lo preceptuado por el artículo 34 TTA. Para decir esto, el Tribunal hace uso de doctrina europea para decir que "[e]l procedimiento prejudicial no tiene por objeto resolver un litigio por el juez comunitario sino someterle una cuestión relativa a la interpretación"⁵¹⁹.

Dice el Tribunal, con toda razón, que el juez comunitario, por otra parte, no puede ser demasiado abstracto pues se correría el riesgo de interpretaciones puramente académicas y por tanto inútiles al juez nacional. "Dejamos claro", ha dicho el Tribunal andino, "que la verificación de la exactitud de estos hechos escapa a la apreciación del Tribunal y depende únicamente del juez nacional, pues no podría aquél proceder por sí mismo a la calificación de los hechos, respecto a la interpretación solicitada y es el juez ordinario el que debe aplicar los criterios facilitados por el Tribunal ante los hechos concretos internos". "Hacer lo contrario", continúa el Tribunal, "sería usurpar la competencia del juez nacional e interpretar el derecho nacional" y tampoco puede el Tribunal andino, en su criterio, "efectuar la concordancia o compatibilidad del derecho nacional con una Decisión o Derecho de la integración (sic), pues el derecho nacional es complementario del Derecho de la integración (sic) y esta tarea está igualmente reservada al juez nacional; el Tribunal sólo puede limitarse a aclarar el sentido y alcance del derecho comunitario y brindar los elementos de apreciación necesarios"⁵²⁰.

⁵¹⁸ Sentencia TJCA, proceso 17-IP-95, GOAC N° 199 de 26 de enero de 1996, p. 27.44.

⁵¹⁹ Sentencia TJCA, proceso 9-IP-95, GOAC N° 230 de 16 de octubre de 1996, pp. 11.20-12.20.

⁵²⁰ Sentencia TJCA, proceso 9-IP-95, GOAC N° 230 de 16 de octubre de 1996, p. 12.20.

Finalmente ha expresado el máximo órgano judicial andino que "el Tribunal no puede prejuzgar de hecho la solución final que se dará a un litigio por el juez nacional, salvo recordarle al juez que es a él a quien corresponde en el caso de incompatibilidad entre el derecho nacional y el comunitario, declarar que debe prevalecer este último"⁵²¹.

Así las cosas, el Tribunal en su jurisprudencia ha dejado sentado que si bien la interpretación prejudicial debe limitarse al estudio de las normas comunitarias para determinar su sentido y alcance, este estudio no puede realizarse sin tomar en cuenta los hechos del caso concreto, sin querer decir esto que el juez comunitario andino deba inmiscuirse en las competencias nacionales para decidir el caso concreto, que siempre serán del juez interno y esta posibilidad de referirse a los hechos en la interpretación prejudicial para que ésta no sea abstracta ni puramente académica ya está permitida expresamente por el Tratado de creación del Tribunal andino en su artículo 34 "cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada".

2.3.4. La obligatoriedad de la interpretación prejudicial

Tal como hemos adelantado antes, el Tribunal de Justicia andino ha dejado sentado que dentro del ordenamiento andino, los jueces nacionales son los únicos competentes para la aplicación del derecho comunitario en sus respectivas jurisdicciones. Pero como este derecho, obviamente, debe ser interpretado de manera uniforme para que pueda servir a la integración, el juez nacional que vaya a dictar una sentencia definitiva aplicando una norma de derecho común, especialmente las que no sean revisables posteriormente, está en la obligación de solicitar su interpretación al Tribunal andino. Este interviene en el proceso judicial que ha de decidirse con apoyo en el derecho de la integración únicamente para asegurar la uniformidad en cuanto al entendimiento de su genuino sentido y del alcance que le es propio⁵²².

Según el Tribunal, la obligación que tiene el juez nacional de solicitar al Tribunal andino la interpretación de la norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está claramente establecida en el segundo inciso del artículo 33 TTA y esta obligación surge cuando la sentencia que va a dictar el juez nacional "no fuere susceptible de recursos" en el derecho interno, o sea, cuando se está ante la última oportunidad procesal de aplicar correctamente el derecho común. De allí que, en tal caso, en criterio del Tribunal, el juez nacional deba suspender el proceso antes de dictar sentencia. De otro modo, ésta infringiría el derecho comunitario, con los consiguientes efectos dentro

⁵²¹ Sentencia TJCA, proceso 9-IP-95, GOAC N° 230 de 16 de octubre de 1996, p. 12.20.

⁵²² Sentencia TJCA, proceso 3-IP-90, GOAC N° 70 de 15 de octubre de 1990 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, pp. 111-112).

del derecho interno, por carecer de apoyo en la única interpretación autorizada de la norma a aplicar, que es la del juez comunitario⁵²³.

En el sistema jurisdiccional andino, el juez nacional puede también, esta vez a su arbitrio, acudir al tribunal comunitario cuando la sentencia que va a dictar es susceptible de recursos. La solicitud, en este caso, regulada por el artículo 33 TTA, resulta facultativa y no obligatoria ya que se considera que aún existe otra oportunidad para revisar la aplicación que se haya hecho de la norma común. De allí que, en tal caso, pueda el juez nacional discrecionalmente solicitar la interpretación prejudicial y una vez solicitada decidir el proceso sin haber recibido la misma⁵²⁴.

En la Comunidad Andina todavía se busca que el Tribunal de Justicia conozca el mayor número de casos y por ello, los supuestos en los son obligatorias la interpretación prejudicial son mayores que en las Comunidades Europeas como ya hemos visto, por la no aceptación por el Tribunal de Justicia todavía de la doctrina del acto claro y del acto aclarado. El Tribunal ha exigido que cuando el juez nacional sea la última instancia debe consultar en interpretación prejudicial siempre. Ello si hay involucradas normas comunitarias, aunque haya sentencias anteriores en casos similares que aparentemente solucionen la duda objetiva del juez nacional.

En este sentido, es el Tribunal de Justicia el que obtiene beneficios de las anteriores sentencias que haya dictado y no los jueces nacionales para decidir si solicitan o no la interpretación prejudicial si son de última instancia⁵²⁵. Es decir, es obligatorio para los jueces nacionales cuyas sentencias no sean susceptibles de ulteriores recursos solicitar la interpretación judicial al Tribunal de Justicia. Si el caso es similar a uno planteado con anterioridad, ya interpretado por el mismo Tribunal andino, éste lo que hace es no profundizar en su estudio como si fuera la primera vez sino que utiliza

⁵²³ Sentencia TJCA, proceso 3-IP-90 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 112).

⁵²⁴ Sentencia TJCA, proceso 3-IP-90 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 112).

⁵²⁵ Ello porque en los casos de jueces nacionales cuyas decisiones tienen ulteriores recursos, las sentencias anteriores del Tribunal de Justicia pueden tener una influencia determinante en su convencimiento interno para decidir solicitar la interpretación prejudicial. En el futuro nos atrevemos a decir que se establecerá una doctrina judicial según la cual, como en Europa, las sentencias que haya dictado el Tribunal de Justicia aplicables al caso del que estén conociendo los jueces nacionales deberán aplicarlas obligatoriamente de tal manera que, aunque no haya convencimiento interno, tendrán que cumplirlas, lo que les impedirá acudir al Tribunal de Justicia en muchos casos en los que actualmente pueden hacerlo, a menos que sea para aclararlas, con lo cual se verá reducida su discrecionalidad actual. Ello porque la doctrina del acto aclarado, si bien dispensa a los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia de la obligación de plantear la cuestión prejudicial en la Comunidad Europea, "desplaza la discrecionalidad interpretativa de la que, antes de entrar en juego, gozaban los órganos cuyas decisiones son recurribles, sometidos en el futuro, una vez producida tal entrada en juego, a la interpretación procedente de Luxemburgo" (véase ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 347-351).

la sentencia anterior para decidir la nueva solicitud de interpretación diciéndolo expresamente⁵²⁶, o la ratifica enteramente⁵²⁷ transcribiéndola en su totalidad o en lo que considera aplicable al nuevo caso⁵²⁸.

En lo referido a las consultas facultativas, sigue, como en Europa, aplicándose en la Comunidad Andina la idea de que el juez nacional debe solicitar la interpretación prejudicial dependiendo de su convicción subjetiva, independientemente de si es de oficio o a solicitud de parte. Así ha quedado plasmado en la jurisprudencia del Tribunal andino cuando ha dicho que "[a]parte de los jueces de primera instancia, para quienes la consulta es facultativa, los jueces nacionales de única o de última instancia que conozcan en un proceso judicial interno de cualquier norma comunitaria de las señaladas en el artículo 1º del Tratado de Creación del Tribunal (...) que vaya a ser aplicada en un juicio interno, debe suspender el proceso y solicitar al Tribunal Andino la interpretación de dicha norma (...). La obligatoriedad se predica de los jueces cuyas providencias no fueren susceptibles de recursos en derecho interno"⁵²⁹.

Ahora bien, tanto en los casos de consultas facultativas como en los de consultas obligatorias, en uno u otro caso, de acuerdo con el artículo 33 TTA, "la solicitud de interpretación debe elevarse "únicamente cuando " los jueces nacionales (...) conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena..." (artículo 33 TTA), o sea, que cuando el juez nacional no deba aplicar ninguna norma del citado ordenamiento jurídico, no debe solicitar al Tribunal la interpretación de la norma comunitaria, existan o no recursos internos dentro de la causa que le corresponda fallar⁵³⁰.

En otras palabras, en criterio del Tribunal, es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunitarias a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial teniendo en cuenta que la causa, razón o circunstancia para la interpretación se produce cuando los jueces nacionales conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. No basta, por tanto, que dentro del proceso se citen determinadas normas de la integración, bien sea por las partes o por el Ministerio Público, para que el juez de la causa, automáticamente, decida formular la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal comunitario, sin

⁵²⁶ Sentencia TJCA, proceso 5-IP-94, GOAC N° 234 de 20 de abril de 1995, p. 4.32.

⁵²⁷ Sentencia TJCA, proceso 3-IP-97, GOAC N° 279 de 25 de julio de 1997, p. 37.52.

⁵²⁸ Sentencia TJCA, proceso 16-IP-95, GOAC N° 231 de 17 de octubre de 1996, p. 25.40.

⁵²⁹ Sentencia TJCA, proceso 11-IP-96, GOAC N° 299 de 17 de octubre de 1997, p. 23.52.

⁵³⁰ Sentencia TJCA, proceso 2-IP-91, GOAC N° 78 de 18 de marzo de 1991 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 160).

constatar previamente que dicho trámite se justifica. De procederse en esta forma se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los procesos⁵³¹.

Según la jurisprudencia del Tribunal andino, es evidente que el juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial, pero tal determinación no debe ser arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa ya que, según el artículo 33 TTA, sería improcedente la solicitud de interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en los que se haya planteado la *litis*⁵³². Por esto es al Tribunal andino al que le corresponde hacer la determinación final de las normas a interpretarse, lo cual está amparado en la facultad privativa contenida en el artículo 32 TTA y "deriva de esa potestad el hecho de que el Tribunal puede ampliar o restringir las normas requeridas para su interpretación cuando el análisis de la documentación enviada concluya que no es necesario interpretar algunas o todas las normas comunitarias solicitadas por el juez nacional o que las requeridas no son las suficientes en la aplicación que el juez interno deba hacer dentro del caso planteado para su resolución"⁵³³.

En sentido similar se expresó el Tribunal en otra sentencia cuando dijo que "[e]l Tribunal Andino de Justicia ha considerado que la finalidad de la interpretación prejudicial ha de ser la de dar alcances al ordenamiento comunitario aplicable al caso consultado, pudiendo adicionar o restringir el acervo de normas citadas por el juez consultante (...), pues una vez requerida la consulta pasa a ser de exclusiva competencia de este Tribunal determinar con absoluta autonomía cuáles son en definitiva las normas pertinentes para la interpretación prejudicial, teniendo en cuenta sus precedentes y la evolución de las mismas en el derecho comunitario". El Tribunal concluye este párrafo de la sentencia diciendo que "[f]rente a las normas solicitadas en la interpretación, este Tribunal declara la imposibilidad de concordar normas comunitarias para su interpretación cuando éstas no tienen relación entre sí"⁵³⁴.

En la Comunidad Andina no se ha dado todavía la discusión doctrinaria sobre el tipo de tribunales que tienen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial. En efecto, en Europa se han sostenido dos posiciones distintas en torno al alcance de la susceptibilidad o no de ulterior

⁵³¹ Sentencia TJCA, proceso 2-IP-91, GOAC N° 78 de 18 de marzo de 1991 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, pp. 160-161).

⁵³² Sentencia TJCA, proceso 2-IP-91, GOAC N° 78 de 18 de marzo de 1991 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 161).

⁵³³ Sentencia TJCA, proceso 27-IP-95, GOAC N° 257 de 14 de abril de 1997, p. 5.60.

⁵³⁴ Sentencia TJCA, proceso 9-IP-95, GOAC N° 230 de 16 de octubre de 1996, p. 6.20.

recurso en el derecho interno, trascendental a los efectos del funcionamiento del mecanismo de la cuestión prejudicial.

Según la teoría abstracta u orgánica, los órganos cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, a los que incumbe la obligación de plantear la cuestión, son los que en cada organización judicial nacional culminan la cúspide jerárquica. Por el contrario, para los partidarios de la teoría del litigio concreto conectan la obligación de plantear la cuestión con aquellos órganos que, independientemente del lugar que ocupen en la organización judicial, deciden en el litigio específico origen de la cuestión en última instancia. Esta abstracción en cuanto a la ubicación del órgano en la estructura judicial se extendería, además, a en cuanto a su incardinación misma en dicha estructura, siempre que el órgano pueda ser considerado "jurisdiccional" a los efectos del artículo 234 TCE⁵³⁵.

En favor de la primera teoría, se manejan argumentos de índole literal, sustancial y práctica. Literal, dada la referencia del artículo 234 TCE al "órgano jurisdiccional cuyas decisiones -en plural- no sean susceptibles de ulterior recurso", lo que apunta a los órganos cuyas decisiones, todas ellas, no sean susceptibles de recurso, que no son otros que los que culminan la organización judicial en cada Estado miembro. Sustantiva en el sentido de que la *ratio* última del artículo 234 TCE sería la de evitar el riesgo de interpretaciones discordantes, riesgo que se concretaría de manera definitiva en los órganos jurisdiccionales superiores, que son los que, a la postre, crean jurisprudencia. Y práctica porque una extensión de la obligación de plantear la cuestión a quienes deciden en última instancia en el caso concreto traería el riesgo de desbordar las posibilidades del propio Tribunal de Justicia⁵³⁶.

Por su parte, algunos autores como Alonso García rechazan el argumento literal "por el poco peso que tiene en las interpretaciones por el Tribunal de Justicia del sistema jurisdiccional comunitario, y el práctico, dadas las modulaciones que sobre la obligación de plantear introducen las doctrinas del acto claro y del acto aclarado". También descarta este autor el sustantivo pues, además de ensanchar el campo del derecho comunitario susceptible por hipótesis de interpretaciones divergentes, "debilitaría aún más la ya de por sí débil situación de los particulares por lo que se refiere a la actuación del mecanismo de la cuestión prejudicial, ampliada la discrecionalidad del juez a toda la estructura jurisdiccional con la sola excepción de su cúspide"⁵³⁷.

En la Comunidad Andina, en nuestro criterio, pudiera considerarse que se adopta la teoría del litigio concreto visto que el artículo 33 TTA utiliza el término "la sentencia" en singular, lo que da la idea, a diferencia del Tratado de la Comunidad Europea; desde el punto de vista literal queremos

⁵³⁵ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 334.

⁵³⁶ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 334.

⁵³⁷ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 335.

decir, que la intención fue considerar a la sentencia y no al tribunal lo determinante para decidir cuándo un caso debe ser obligatoriamente consultado al Tribunal comunitario. Si a este argumento agregamos que en la Comunidad Andina no existe el problema o el temor de que el Tribunal colapse en la atención de los casos planteados por exceso de ellos como sucede en la Comunidad Europea, hasta el punto de que las doctrinas del acto claro y del acto aclarado no tienen aplicación para descongestionar al Tribunal andino, y que la jurisprudencia de este tribunal ha sostenido el criterio de que los jueces que deben obligatoriamente solicitar la interpretación prejudicial son los de única y última instancia⁵³⁸, consideramos necesario concluir que en la Comunidad Andina se adopta la teoría del litigio concreto para determinar la obligatoriedad de la interpretación prejudicial.

2.3.5. La interpretación prejudicial como prueba

Otro aspecto en el que el Tribunal andino ha insistido en sus sentencias es la no consideración de la interpretación prejudicial como prueba porque ello implicaría darle un tratamiento procesal que no se compagina con su verdadera naturaleza jurídica. Efectivamente, el Tribunal ha reiterado que la interpretación prejudicial no puede en ningún caso asimilarse a una prueba ya que el recurso prejudicial es un elemento de *juris* que el juez nacional debe tener en cuenta para fundar jurídicamente su sentencia y que, por lo mismo, es esencialmente distinto a la prueba, la cual se circunscribe por definición a lo fáctico del juicio o proceso de que se trate y que es, en consecuencia, ajena a la competencia del juez comunitario cuando interpreta prejudicialmente⁵³⁹.

De este principio básico se deduce, según el Tribunal, que la solicitud de interpretación prejudicial, bien sea de oficio o a petición de parte, puede hacerse en cualquier estado y grado de la causa, aunque debería hacerse preferentemente cuando el proceso esté listo para dictar sentencia de fondo, puesto que se trata de alegar un criterio hermenéutico que tan solo resulta operativo para el juez nacional en el momento de dictar su fallo ya que se plantea una cuestión de puro derecho como lo es la interpretación de las normas jurídicas de la Comunidad Andina. Distinta es la solución de la legislación interna para las cuestiones de hecho en las cuales sí existe una oportunidad procesal para que las partes puedan promoverlas o presentarlas ante el juez nacional⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Sentencia TJCA, proceso 11-IP-96, GOAC N° 299 de 17 de octubre de 1997, p. 23.52.

⁵³⁹ Sentencia TJCA, proceso 3-IP-91, GOAC N° 93 de 11 de noviembre de 1991 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 171).

⁵⁴⁰ Sentencia TJCA, proceso 3-IP-91, GOAC N° 93 de 11 de noviembre de 1991 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 171).

2.3.6. La interpretación prejudicial de validez

Vimos en los apartes anteriores que los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia andino comparten la interpretación de las normas comunitarias, en virtud de que en algunos casos la interpretación prejudicial es obligatoria y en otras es facultativa, en las que el juez nacional tiene posibilidades de interpretar él mismo las normas comunitarias si no hay dudas en su convicción interna. Ahora bien, sucede otra cosa cuando se trata de determinar la validez de las mismas normas.

La diferencia se encuentra en el final del proceso intelectual en el que desemboca el enjuiciamiento acerca de la interpretación y acerca de la legalidad del derecho aplicable. "Mientras que las dudas suscitadas en el plano interpretativo *stricto sensu* parten de la asunción de la legalidad del Derecho aplicable", dice Alonso García, "de modo que la solución se limita a exponer el correcto sentido en que debe ser aplicado, las suscitadas en el plano de la legalidad, ausente tal asunción, pueden desembocar en una afirmación de la legalidad del Derecho, con su consiguiente aplicación, o en su negación, que irá acompañada de la correspondiente imposibilidad de aplicación"⁵⁴¹.

Así las cosas, es diferente lo que sucede cuando se trata de la interpretación de una norma comunitaria, en la que la convicción del juez no varía la aplicación de la misma, "por lo que interpretación y aplicación permanecen indisolublemente unidas", pero cuando se trata de la legalidad del derecho aplicable, tal indisolubilidad, siendo posible, no es necesaria: "si la convicción sobre la legalidad es positiva, existirá comunión; pero si es negativa, se romperá al traer como consecuencia la inaplicación del Derecho"⁵⁴².

Es justamente esto último lo que puede suceder, al igual que en Europa con la cuestión prejudicial de validez, con la que hemos bautizado en la Comunidad Andina como la interpretación prejudicial de validez, establecida en los párrafos 1 y 2 del artículo 20 TTA. Pese a que los propios proyectistas denominaron a esta posibilidad como excepción de legalidad, consideramos que sus características coinciden más con la llamada en Europa como cuestión prejudicial de validez y ciertamente entre ambas hay semejanzas, pero también diferencias como vamos a ver.

Efectivamente, en la cuestión prejudicial de validez estamos ante un juez nacional que para resolver el proceso que está conociendo, necesita el pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la supuesta ilegalidad del derecho comunitario aplicable al mismo. Pero en la excepción de ilegalidad nos encontramos ante la necesidad del pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la supuesta

⁵⁴¹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 391.

⁵⁴² ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 391.

ilegalidad del derecho común para resolver un proceso que se desenvuelve desde un principio ante el propio órgano judicial comunitario.

Si analizamos lo que expresan los párrafos 1 y 2 del artículo 20 TTA, nos daremos cuenta que lo que realmente se establece en ellos es la cuestión prejudicial de validez europea porque, aunque hubiere expirado el plazo previsto para la acción de nulidad, cualquiera de las partes "en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales", podrá solicitar a dichos jueces o tribunales "la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a lo dispuesto en el artículo 17" (negritas nuestras).

Luego, el párrafo 2 del mismo artículo 20 TTA seguidamente dispone que, presentada la solicitud de inaplicabilidad, "el juez nacional **consultará** acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél" (negritas nuestras).

Como puede verse, se establece la posibilidad de que un juez nacional, cuando sea solicitada la inaplicabilidad de una norma comunitaria, consulte al Tribunal de Justicia andino acerca de la legalidad de la misma y para ello suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del tribunal comunitario, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia del juez nacional.

Así las cosas, obviamente nos encontramos en presencia de la cuestión prejudicial de validez europea y no ante una excepción de ilegalidad pura y simple como hacen ver los proyectistas, y por eso consideramos que son válidas y aplicables las consideraciones que sobre la misma se han hecho en Europa para determinar su naturaleza y alcance. Lamentablemente, hasta el momento de la redacción de estas líneas, no hemos encontrado doctrina jurisprudencial andina que nos ayude a aclarar las características de esta disposición procesal.

Sin embargo, entre la excepción de ilegalidad europea y la cuestión prejudicial de validez se pueden deducir semejanzas. Ambas tienen carácter incidental ya que son necesarias para resolver la controversia principal, lo que implicará la aplicación del derecho comunitario cuya legalidad se cuestiona dependiendo del juicio positivo o negativo que sobre ella realice el Tribunal de Justicia. Ciertamente, ambas figuras procesales son técnicas indirectas de impugnación de normas comunitarias. Pero "mientras en la cuestión de validez la controversia principal está teniendo lugar en el marco nacional, generando la apertura de un proceso específico de conexión entre el juez nacional y el comunitario, que se abre con el planteamiento por aquél de la cuestión y se cierra con el pronunciamiento de éste resolviéndola, correspondiendo al juez, en su caso incitado *ex parte*, la decisión de plantear la cuestión (esto es, proceso principal nacional y proceso comunitario incidental

separado-planteamiento por el juez interno), en la excepción de ilegalidad la controversia principal se está ventilando ante el propio Tribunal de Justicia, y por esta razón no ha lugar a la apertura de un proceso distinto sino que son las partes las que, en el marco del mismo proceso principal, alegan en apoyo de su pretensión la ilegalidad del Derecho comunitario (esto es, proceso comunitario único-planteamiento *ex parte*)⁵⁴³.

La diferencia entre ambas técnicas procesales fue destacada en la sentencia *Wöhrmann v. Comisión* de 14 de diciembre de 1962 (procesos 31 y 33/62), en la que, invocado por un recurrente el artículo 184 TCE⁵⁴⁴ como un derecho de acceso al Tribunal de Justicia en el marco de un litigio pendiente ante un tribunal nacional, aquél, tras recordar que en virtud del artículo 177 TCE⁵⁴⁵ y el 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal la decisión de suspender el proceso interno y plantear la cuestión prejudicial correspondía al órgano jurisdiccional nacional, señaló que "si las partes en un litigio pendiente ante un tribunal nacional estuvieran facultadas para dirigirse directamente al Tribunal planteando una cuestión prejudicial, podrían obligar al tribunal nacional a suspender el proceso en espera de una decisión del Tribunal de Justicia" y "ni el Tratado ni el Protocolo imponen tal limitación a los poderes del tribunal nacional"⁵⁴⁶.

⁵⁴³ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 353.

⁵⁴⁴ Artículo 184 del TCE: "Aunque haya expirado el plazo previsto en el párrafo quinto del artículo 173 (recurso de nulidad), cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un reglamento adoptado conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo o un reglamento del Consejo, de la Comisión o del BCE, podrá acudir al Tribunal de Justicia, alegando la inaplicabilidad de dicho reglamento por los motivos previstos en el párrafo segundo del artículo 173 (incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder)" (los paréntesis y su contenido son nuestros). Este artículo fue cambiado de numeración en el Tratado de Ámsterdam, siendo ahora su número el 241 TCE.

⁵⁴⁵ Artículo 177 del TCE: "El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo;
- c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia."

Desde el Tratado de Ámsterdam este artículo es el número 234 TCE.

⁵⁴⁶ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 353.

Igualmente, la sentencia del Tribunal de Justicia europeo *Hessische Knappsschaft* de 9 de diciembre de 1965 (proceso 44/65) éste rechazó que en el marco de una cuestión prejudicial de interpretación planteada por un juez nacional pudieran las partes imponerle al presentar sus alegaciones, como si del artículo 184 TCE se tratase del examen de validez de la disposición cuya interpretación se le había solicitado⁵⁴⁷.

Lo que en nuestro criterio está claro es que del estudio de las normas que establecen tanto la excepción de ilegalidad como la cuestión prejudicial de validez en el Tratado de la Comunidad Europea se desprende que la confusión entre la naturaleza jurídica de ambas viene de la propia redacción del artículo 184 TCE (ahora artículo 241 TCE) al utilizar la palabra "acudir" en lugar de "pedir" o "solicitar", porque no se entiende, si se trata de un proceso realizado ante el propio Tribunal de Justicia, que el Tratado diga que cualquiera de las partes podrá acudir al Tribunal de Justicia, con lo cual da la idea de que el proceso se está llevando a cabo fuera del órgano jurisdiccional comunitario, cuando ya hemos visto que no es así. La excepción de ilegalidad sólo puede utilizarse en los procesos llevados ante el propio Tribunal de Justicia, dejando a salvo, por supuesto, las excepciones de ilegalidad que pudieran establecerse a nivel nacional en los respectivos ordenamientos jurídicos procesales de los Estados miembros.

No tenemos dudas de que la intención del tratado andino fue establecer una especie de cuestión prejudicial de validez europea y es por esto que le consideramos aplicables las consideraciones que se han hecho de esta figura procesal en la doctrina y jurisprudencia derivada del Tratado de la Comunidad Europea. Esto pese a las diferencias que ha habido en la jurisprudencia andina en relación con las características de la interpretación prejudicial propiamente dicha porque creemos que tales diferencias desaparecerán a mediano plazo cuando se encamine definitivamente en forma positiva la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ciertamente, la mayoría de las diferencias entre la figura europea y la andina se ha debido a que el Tribunal andino todavía no quiere dejar de conocer casos que en el ámbito europeo el Tribunal correspondiente ya no lo hace. Por esto, más tarde o más temprano, las semejanzas entre estas figuras procesales andina y europea serán cada vez mayores, y no puede ser de otra manera si el sistema jurisdiccional comunitario europeo hemos visto que se ha tomado como modelo para conformar el sistema andino.

Por lo anterior creemos que deben aplicarse las ideas europeas de la cuestión prejudicial de validez según las cuales el proceso intelectual de legalidad que concluye en un juicio positivo se mueve bajo los mismos parámetros que el proceso intelectual de interpretación *stricto sensu* a los efectos de accionar la cuestión prejudicial, "lo que se traduce en una obligación de plantearla por el juez cuyas decisiones no se pueden impugnar cuando, con independencia de su convicción, exista una duda

⁵⁴⁷ Sentencia TJCE, proceso 44/65, ECR. 965.

razonable -objetiva- acerca de la legalidad del Derecho comunitario, y en una facultad de hacerlo por el juez cuyas decisiones sí son recurribles, que conserva la libertad de concluir con un juicio positivo sobre su validez basado en su propia convicción y autoridad⁵⁴⁸. Esto salvo que el Tribunal de Justicia haya declarado de antemano la invalidez de la disposición en el marco de otra cuestión.

Ahora bien, si el proceso intelectual de legalidad concluye en un juicio negativo, el esquema varía completamente ya que de una competencia jurisdiccional compartida entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales, se pasa a un monopolio del tribunal comunitario. Efectivamente, con independencia de que exista o no duda razonable y con independencia de la absoluta convicción del juez sobre la ilegalidad de la disposición en litigio, ningún juez nacional puede, por su propia autoridad, declarar la invalidez del derecho comunitario y debe entonces plantear la correspondiente cuestión prejudicial. Esta es la posición del Tribunal de Justicia europeo, especialmente desde la sentencia *Foto-Frost* de 22 de octubre de 1987⁵⁴⁹, tesis que fue consolidada en la sentencia *Zuckerfabrick* de 21 de febrero de 1991⁵⁵⁰.

En efecto, la propia sentencia *Foto-Frost* recogió una excepción a la anterior regla cuando dijo que "cuando en un procedimiento sobre medidas provisionales concurren determinadas circunstancias, pueden imponerse excepciones a la norma según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos comunitarios". Aunque no dice nada esta sentencia sobre estas determinadas circunstancias que pueden dar lugar a la excepción apuntada, en criterio de Ricardo Alonso García "parece, a la luz de la jurisprudencia anterior, que el Tribunal tenía en mente, como *condictio sine qua non* para admitir una declaración de invalidez, que tal declaración tuviese realmente un carácter provisional, con posibilidad por tanto de ser objeto de revisión con ocasión de un proceso sobre el fondo, en el que la doctrina de *Foto-Frost* sería ya plenamente aplicable"⁵⁵¹.

Esta excepción anterior de la que nos comenta Alonso García su acertado criterio ya parecía desprenderse en la sentencia *Hoffmann-La Roche* de 24 de mayo de 1977⁵⁵² en la que el Tribunal consideró que un juez nacional no estaba obligado a plantearle la cuestión prejudicial de interpretación o de validez, cuando se suscitara en un procedimiento sobre medidas provisionales, incluso si éste concluía con una decisión irrecurrible, siempre que las partes pudieran iniciar un procedimiento sobre el

⁵⁴⁸ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 391.

⁵⁴⁹ Sentencia TJCE, proceso 314/85, ECR. 4199.

⁵⁵⁰ Sentencia TJCE, proceso 143/88 y 92/89, ECR. 415.

⁵⁵¹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 395.

⁵⁵² Sentencia TJCE, proceso 107/76, Rec. 957.

fondo en el que las cuestiones resueltas provisionalmente podrían reexaminarse y ser objeto de una cuestión prejudicial, doctrina ésta que fue reiterada en la sentencia *Morson y Jhanjan* de 27 de octubre de 1982⁵⁵³.

La excepción anterior como adelantábamos sería luego matizada por el Tribunal de Justicia europeo en la sentencia *Zuckerfabrick* de 21 de febrero de 1991⁵⁵⁴ según la cual puede interpretarse que un órgano jurisdiccional nacional puede inaplicar provisionalmente el derecho comunitario siempre y cuando se den una serie de requisitos sustantivos (*fumus boni iuris*, *periculum in mora* y *res publica*), entre los que figura la consideración de la norma comunitaria como inválida a primera vista (*fumus boni iuris*), y siempre y cuando dichos requisitos sustantivos se acompañen del cumplimiento de una exigencia procesal, que no es otra que el planteamiento de la cuestión prejudicial de validez al Tribunal de Justicia, salvo que la cuestión esté ya pendiente en Luxemburgo, en cuyo caso, en criterio de Alonso García, puede suspender en espera de un pronunciamiento al respecto, del mismo modo que el juez nacional puede y debe apoyarse en la invalidez de una disposición ya declarada por el Tribunal para, sin necesidad de nuevo planteamiento, inaplicarla en el litigio que tiene ante sí pendiente⁵⁵⁵.

En todo caso, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la validez de la norma comunitaria vincula, como sucede en las sentencias interpretativas, no sólo al juez remitente sino a cualquier otro juez que pueda hipotéticamente conocer ulteriormente del caso que suscitó la cuestión y al resto de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Si concluye con la validez de la norma comunitaria, tal decisión refuerza la incompetencia ya existente de los jueces nacionales para considerar como ilegal a la disposición comunitaria, por lo menos por los motivos rechazados por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, la sentencia como tal no recoge ninguna declaración de validez de la norma sino que se limita a consagrar que no aprecia ningún elemento de tal naturaleza que pueda afectar la validez del acto en cuestión. Con ello, el Tribunal de Justicia deja abierta la posibilidad del planteamiento de nuevas cuestiones basadas en otros motivos o en los mismos cuando el juez nacional aporte nuevos elementos de apreciación. De lo contrario, el Tribunal comunitario se remite a la sentencia anterior.

Si la decisión del Tribunal de Justicia es de invalidez de la norma comunitaria, ésta no es anulada sino que el Tribunal se limita a declararla inválida para el caso concreto, lo que implica que la norma no desaparece del ordenamiento jurídico comunitario, pero en los hechos la declaración de validez de la norma comunitaria funciona como una suerte de anulación en vista de que los jueces

⁵⁵³ Sentencia TJCE, proceso 35-35/82, Rec. 3723.

⁵⁵⁴ Sentencia TJCE, proceso 143/88 y 92/89, ECR. 415.

⁵⁵⁵ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 396.

nacionales de todos los Estados miembros deben tomar en cuenta esta sentencia en la resolución de los casos que tengan que conocer relacionados con la misma.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia europeo ha seguido una doctrina según la cual los efectos de la sentencia de una cuestión prejudicial no pueden asimilarse por completo a una anulación, concretamente en la sentencia *Schwarze* de 1 de diciembre de 1965⁵⁵⁶, y extiende las posibilidades de replanteamiento de cuestiones prejudiciales con relación a sus sentencias interpretativas, tal como lo señala en la sentencia *International Chemical Corporation* de 13 de mayo de 1981⁵⁵⁷ cuando dice que la constatación de invalidez de una norma comunitaria no tiene por efecto arrebatar a las jurisdicciones nacionales su competencia y no se excluye la facultad de las mismas para apreciar la existencia de un interés en plantear de nuevo la cuestión ya resuelta por el Tribunal comunitario, interés que podrá particularmente existir si subsistieran cuestiones relativas a los motivos, a la extensión y eventualmente a las consecuencias de la invalidez anteriormente establecida. Creemos, no obstante, siguiendo a Ricardo Alonso García, que si bien cabría teóricamente someter a reexamen la invalidez ya declarada por el Tribunal, consideramos que en la práctica es poco probable que el Tribunal declare válida una norma invalidada por él con anterioridad porque con ello se atentaría contra el principio de seguridad jurídica proclamado por el mismo Tribunal de Justicia⁵⁵⁸.

2.4. La acción de incumplimiento

Tal como lo ha expresado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, uno de los presupuestos fundamentales para el logro de la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y del cumplimiento de los derechos y obligaciones que por el mismo adquieren los países miembros, es el control de la legalidad del sistema, cuya salvaguarda ha sido encomendada al Tribunal desde el preámbulo del Tratado de su creación, como órgano jurisdiccional exclusivo del más alto nivel, con capacidad para declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente⁵⁵⁹.

En el sistema jurisdiccional comunitario europeo hay dos maneras por las cuales puede obligarse a los Estados miembros al cumplimiento del derecho comunitario. La primera es a través de una acción intentada por los particulares en sus respectivos tribunales nacionales. Esto es posible solamente gracias al principio del efecto directo, que constituye una de las teorías más efectivas para

⁵⁵⁶ Sentencia TJCE, proceso 16/65, ECR. 877.

⁵⁵⁷ Sentencia TJCE, proceso 66/80, Rec. 1191.

⁵⁵⁸ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 398.

⁵⁵⁹ Sentencia TJCA de 30 de octubre de 1996, proceso 1-AI-96, GOAC N° 234 de 21 de noviembre de 1996, p. 2.32.

lograr el cumplimiento del derecho comunitario. La principal ventaja de esta vía es que no está en manos de la Comunidad sino de los jueces nacionales y los gobiernos de los Estados miembros no rechazan obedecer a sus propios tribunales en la generalidad de los casos. Su principal limitación es que esta vía es posible sólo en tanto y en cuanto se trate de normas que tengan efecto directo y si los particulares cuyos intereses están afectados están dispuestos a intentar una acción legal de este tipo⁵⁶⁰.

Esta vía procesal que estamos comentando, que también existe en la Comunidad Andina, es de gran importancia y muy valiosa en lo que respecta a los intereses individuales; sin embargo, no es suficiente en sí misma para asegurar la efectividad del derecho comunitario en todos los casos. Por eso tenemos que mencionar la segunda vía en la cual el derecho comunitario puede ser forzado a cumplir por los Estados miembros por procedimientos directos contra éstos. Es esto a lo que llamamos la acción de incumplimiento en el ámbito andino y el recurso de incumplimiento en las Comunidades Europeas.

Ciertamente, el sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina tiene prevista esta forma de control directo del cumplimiento del ordenamiento jurídico por los países miembros cuyo fundamento es la buena fe y la aplicación del derecho de los tratados, la cual constituye una de las manifestaciones más importantes de la coacción o constreñimiento presente en este proceso de integración, por lo menos desde el punto de vista jurídico, en el que ha dejado de prevalecer la intergubernamentalidad a favor de una supranacionalidad que no sólo se manifiesta por este elemento coactivo sino por otros, tal como sucede en las Comunidades Europeas.

En efecto, al lado de la estructura, constitución y funciones de los órganos e instituciones de la Comunidad Andina, en la que hay varios de ellos de carácter independiente de los países miembros, y de la posibilidad de aplicación inmediata, prevalente y directa de las normas andinas, el elemento coactivo es necesario en una organización para que se considere supranacional y pueda existir de una manera real frente a la intergubernamentalidad, en la que no es posible un ejercicio coactivo de funciones de la organización internacional frente a los Estados miembros⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ HARTLEY, *ob. cit.* p. 303.

⁵⁶¹ Dicen Schermers y Waelbroeck que en las organizaciones internacionales no se puede forzar a los Estados miembros a obedecer sus reglas. Como los Estados que las constituyen mantienen su soberanía, las organizaciones internacionales tienen pocas oportunidades para influir en sus conductas. Pero ellas, sin embargo, tienen siempre que tratar de hacer eso y buscar algún procedimiento supervisorio que signifique que ellas pueden ejercer alguna presión sobre sus miembros. Muchos de estos procedimientos están basados en la recolección y discusión de reportes sobre la conducta de los Estados miembros en relación con sus obligaciones (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 250).

Pues bien, la acción de incumplimiento es justamente la vía judicial que permite a los órganos comunitarios obligar a los países participantes en el proceso para que cumplan la normativa dictada por aquéllos cuando no lo hacen voluntariamente –“constreñir civilizadamente” en palabras de Fariás Mata⁵⁶²– y es quizás el aspecto en el que, por cierto, más fallan las organizaciones supranacionales porque no es fácil, por muy supranacional que sea una organización, compeler a los Estados a cumplir la normativa comunitaria ya que siguen siendo soberanos y no desaparecen como Estados por el hecho de pertenecer a una organización de este tipo.

Por muy presente que esté la supranacionalidad, con una estructura en la que existan algunos órganos que disfruten de competencias propias y actúen con independencia frente a los Estados, que pueden coexistir con otros de naturaleza intergubernamental, y la posibilidad de aplicación inmediata y directa de las normas dictadas por la organización, que prevalezcan además sobre el derecho interno en caso de conflicto, es en la coacción donde podemos ver que la supranacionalidad nunca es lo suficientemente sólida como para hacer desaparecer a la soberanía de los Estados miembros y que no puede compararse su fuerza con la que tiene ese atributo en el federalismo, en el que las entidades nacionales dan paso a un nuevo Estado que disfrutará de soberanía propia, en el que hay autoridades centrales a las cuales los países le han cedido en forma definitiva ciertas competencias y frente a las cuales no pueden incumplirse las normas federales, so pena de importantes consecuencias que les afectarán en gran medida, por carecer de soberanía en las materias federadas, lo que no sucede en la supranacionalidad en la que la soberanía sigue residiendo en cada uno de los Estados miembros, aún en las materias cuyo ejercicio de competencias se ha atribuido a la organización supranacional, lo cual impide que en forma fluida las autoridades de esta organización puedan imponerse a los países en caso de incumplimiento.

Y esto no lo decimos por lo que hemos observado en la Comunidad Andina, en la que hasta principios de los noventa, desde 1969, los incumplimientos eran la regla y los órganos comunitarios no se atrevían a actuar frente a ellos. También en las Comunidades Europeas, hasta muy avanzadas etapas (1978), ningún Estado miembro se decidió a intentar un recurso por incumplimiento contra otro y al órgano comunitario encargado de ello tampoco le gustaba hacerlo. Por eso, prefirió utilizarse, más que el recurso de incumplimiento, la cuestión prejudicial como mecanismo de control de las fallas de los Estados, lo que también ha sucedido en la Comunidad Andina con la interpretación prejudicial⁵⁶³.

⁵⁶² FARIAS MATA, *ob. cit.*, p. 16.

⁵⁶³ Ricardo Alonso García expresa que, a pesar de la posibilidad de que el recurso de incumplimiento en el sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas pueda ser accionado por un Estado miembro, lo cierto es que solamente en una ocasión en la historia de la Comunidad tal posibilidad se hizo efectiva desembocando en un pronunciamiento del Tribunal de Justicia (sentencia Francia vs. Reino Unido de 4 de octubre de 1979 -141/78-). Ello se debe, según Alonso García, “a que los Estados miembros, antes que enfrentarse abiertamente, prefieren por razones políticas utilizar medios indirectos de presión, tales como suscitar mediante denuncia la apertura del procedimiento

En palabras del propio Tribunal de Justicia andino en la oportunidad en le correspondió conocer de la primera acción de incumplimiento, "[h]asta ahora, los Países Miembros ni la Junta habían iniciado acción alguna de incumplimiento" y mientras esta situación perduró, "no podía hablarse de que funcionara una tutela eficaz de defensa de los legítimos intereses comunitarios ni un control sobre el cumplimiento de las obligaciones y derechos derivados del proceso de integración para quienes, como los países y los particulares mismos, constituyen los principales protagonistas de la integración"⁵⁶⁴.

Así las cosas, la acción de incumplimiento es el instrumento por el cual el Tribunal andino está llamado a vigilar en última instancia el cumplimiento de las obligaciones que adquieren los países miembros de acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. No obstante, por motivos humanos, diplomáticos y políticos⁵⁶⁵, tanto en las Comunidades Europeas como en la Comunidad Andina, la existencia de una vía administrativa-judicial para obligar a los Estados miembros a cumplir la normativa comunitaria no ha sido suficiente para lograr el cumplimiento de todos sus actos. Siempre ha faltado algo más para que sea efectiva tal acción. Por eso, en el Tratado de Maästricht se introdujo la posibilidad de multar a los Estados incumplidores.

En la Comunidad Andina, pese a existir la posibilidad de sanciones tangibles y concretas contra el Estado miembro incumplidor a través de la eliminación de las ventajas que le produce la organización comunitaria -en esto se adelantó a las Comunidades Europeas ya que la sentencia de incumplimiento no ha sido una mera declaración de incumplimiento como lo era la europea hasta 1992-, los resultados fueron desalentadores hasta entrados los noventa⁵⁶⁶, y aunque resulte

por la Comisión o incitar a las empresas privadas a que acudan a dicha institución" (ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 451).

Sin embargo, agregamos nosotros, la situación en la Comunidad Andina ha sido injustificable, aunque en los últimos años ya se han presentado varias acciones de incumplimiento por Estados miembros (sentencia TJCA, proceso 1-AI-96, por ejemplo), lo que hace ver que ya se está adquiriendo cierta madurez en el proceso.

⁵⁶⁴ Sentencia TJCA de 30 de octubre de 1996, proceso 1-AI-96, GOAC N° 234 de 21 de noviembre de 1996, p. 2.32.

⁵⁶⁵ Según un ex-Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Fernando Uribe Restrepo, el aparente fracaso de la acción de incumplimiento en los sistemas de integración hasta ahora conocidos se debe a elementales razones de orden político, diplomático y humano ya que a los países miembros "no les conviene enfrentarse entre sí, así sea judicialmente, y los funcionarios de la comunidad tampoco se sienten cómodos promoviendo juicios contra determinados países" (URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 152).

⁵⁶⁶ Afortunadamente, en el día de hoy se puede decir que esta situación ha cambiado drásticamente, especialmente desde que se creó la Secretaría General de la Comunidad Andina y con el nombramiento y ejercicio de sus funciones por el actual Secretario General de la Comunidad Andina,

paradójico, tal inutilidad de la acción de incumplimiento andina en las primeras etapas del Pacto Andino fue debida a un comprensible afán de acelerar el proceso⁵⁶⁷, un exceso de optimismo en relación con las posibilidades y un cambio dramático en las condiciones económicas de la subregión⁵⁶⁸.

Para reforzar la acción de incumplimiento en la Comunidad Andina, como se intentó hacer en el Tratado de Maástricht con el establecimiento de las multas coercitivas como posible resultado en una sentencia de un recurso de incumplimiento⁵⁶⁹, se ha incorporado al Tratado de Creación del Tribunal andino la posibilidad de que el juez comunitario pueda suspender cautelarmente los actos nacionales que vayan en contra del ordenamiento comunitario, figura ésta que también existe en las Comunidades Europeas (art. 243 TCE)⁵⁷⁰.

En todo caso, la acción de incumplimiento es una vía judicial, con palabras del propio Tribunal andino, "autónoma, propia, independiente y *sui generis*, derivada exclusivamente de la conducta a la que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecución del Tratado de Integración Económica y el cumplimiento de sus obligaciones que la jurisprudencia ha clasificado en positivas y negativas". Una característica que distingue la acción de incumplimiento y la hace particularísima frente a las reglas que han sido admitidas en el derecho internacional clásico para asegurar las obligaciones de los Estados, es la de que, en el ámbito comunitario, el ejercicio de la acción para declarar las infracciones de los Estados no está circunscrito únicamente a los Estados mismos, sino

el venezolano Sebastián Alegrett, quien comenzó sus labores en agosto de 1997. Ciertamente, desde esta fecha, las acciones de incumplimiento abiertas por la propia Secretaría General y aún las intentadas por los propios Estados miembros han aumentado en forma importante, dando lugar a importantes sentencias del Tribunal de Justicia, con las subsiguientes sanciones a los Estados miembros de reducción de los beneficios de la integración andina.

⁵⁶⁷ En palabras de otro ex-Magistrado del Tribunal de Justicia andino, recientemente fallecido, en el caso de la Comunidad Andina "los gobiernos de los países miembros llegaron al extremo, a nuestro juicio exagerado, de convenir en no demandarse, imprimiendo de esta manera total flexibilidad al rigor escrito del cumplimiento de obligaciones derivadas del acuerdo de integración" (SALAZAR MANRIQUE, Roberto, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Marco general del derecho comunitario andino", *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*, Institutos de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto, 1995, p. 91).

⁵⁶⁸ En este sentido URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, pp. 152-153.

⁵⁶⁹ El primer caso de aplicación de multas coercitivas por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha dado el 4 de julio de 2000 en el asunto *Comisión v. Grecia* (387/97). Sobre este aspecto de los recursos de incumplimiento en las Comunidades Europeas véase ALONSO GARCIA, "Actividad judicial v...", *ob. cit.*, pp. 234 y ss.)

⁵⁷⁰ Sobre la interesante evolución de las medidas cautelares dictadas por la Comunidad Europea contra un Estado miembro, véase el excelente desarrollo que de este tema hace HARTLEY, *ob. cit.*, pp. 324 y ss.

que puede asignarse a un órgano comunitario, como era la Junta del Acuerdo de Cartagena y hoy es la Secretaría General, con la misión de ejercer la función de guardián de los Tratados⁵⁷¹.

2.4.1. Características generales

La acción de incumplimiento puede ser intentada por la Secretaría General, por los Estados miembros y por personas naturales o jurídicas, por los incumplimientos de las obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, tal como lo disponen los artículos 23, 24 y 25 TTA.

Según el artículo 1 TTA, pueden ser objeto de una acción de incumplimiento tanto el derecho originario como el derecho derivado de la Comunidad Andina en los siguientes términos:

- a) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos Modificatorios;
- c) las Decisiones del Consejo Andino de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) las Resoluciones de la Secretaría General;
- e) los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración andina.

Como puede observarse, no son susceptibles de producir una acción de incumplimiento los actos políticos de los órganos andinos como son el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (de éste sólo son parte del ordenamiento jurídico andino sus Decisiones) y el Parlamento Andino, de los cuales por regla general no pueden emanar actos que conformen el derecho andino. Tampoco son parte de éste, y por lo tanto no susceptibles de dar lugar a una acción de incumplimiento, los actos de las llamadas instituciones andinas como son la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas y los convenios sociales, entre otros.

Igualmente, debemos incluir como parte del ordenamiento jurídico andino y por lo tanto susceptibles de producir una acción de incumplimiento, a los principios generales del derecho, tal como ya se ha hecho en las Comunidades Europeas y lo hemos comentado en el capítulo anterior. De la misma forma que los Convenios de Complementación Industrial (art. 1 TTA), igualmente creemos que son parte del derecho andino, tal como se dispone en las Comunidades Europeas (art.

⁵⁷¹ Sentencia TJCA de 24 de marzo de 1997, proceso 3-AI-96, GOAC N° 261 de 29 de abril de 1997, pp. 6.32-7.32.

300.7 TCE), los acuerdos internacionales que pueda celebrar la Comunidad Andina con terceros Estados ya que los países miembros han dado facultades a la Comunidad para suscribirlos, por lo que serían considerados como vinculantes para todos los Estados miembros⁵⁷² y no sólo para la Comunidad⁵⁷³.

Tal como en las Comunidades Europeas, el incumplimiento que puede dar lugar a un procedimiento de este tipo puede ser tanto positivo como negativo, esto es, puede consistir tanto en una acción como en una omisión, y responde el Estado en cuanto tal, con independencia del poder del cual provenga (legislativo, ejecutivo o judicial)⁵⁷⁴ e incluso por actos u omisiones de los entes públicos que puedan crearse, ya sea por un proceso de descentralización estatal o porque así lo establezca la Constitución o las leyes del Estado, de naturaleza territoriales o funcionales, incluyendo a las personas jurídicas públicas de derecho privado (empresas del Estado)⁵⁷⁵ si éste interviene en aspectos relevantes de su constitución, administración y actividades, como el nombramiento de sus miembros, la participación en el capital o en la definición de objetivos⁵⁷⁶.

En todo caso, el proceso de incumplimiento debe ser de carácter objetivo en el sentido de que aquél debe depender solamente de la constatación normativa del incumplimiento y no de la prueba de cualquier aspecto subjetivo como la intencionalidad, el perjuicio a otro Estado miembro o

⁵⁷² En este sentido, HARTLEY, *ob. cit.*, pp. 305-306.

⁵⁷³ Esta ha sido la posición del TJCE en las sentencias *Kupferberg* de 26 de octubre de 1982 (asunto 104/81) y *Comisión vs. Grecia* de 25 de febrero de 1988 (asuntos 194 y 241/85), Rec. 3641 y 1037 respectivamente.

No consideramos necesario que expresamente el Acuerdo de Cartagena diga que tales acuerdos internacionales son vinculantes para los Estados miembros, como sí lo hace el Tratado de la Comunidad Europea en su artículo 300.7, para entender que los mismos sean partes del ordenamiento jurídico andino porque dispone el TTA que los convenios entre los países miembros sí lo son, por lo cual ¿cómo no serlo los que vinculan a toda la Comunidad?

⁵⁷⁴ En efecto, según la doctrina reconocida, desde que el Poder Legislativo y el Poder Judicial son órganos del Estado tanto como lo es el Gobierno, no hay razón, en principio, para que una violación del derecho comunitario por las cortes legislativas o los tribunales no deba involucrar la responsabilidad del Estado de la misma forma como una violación por el Ejecutivo. Aunque el Gobierno nacional aparece como demandado ante el Tribunal de Justicia en las acciones de incumplimiento, realmente el demandado es el Estado, no el Gobierno (HARTLEY, *ob. cit.*, p. 308).

⁵⁷⁵ Para Schermers y Waelbroeck, el incumplimiento puede ser por cualquier acto de parte de un Estado, no solamente adoptados por el gobierno del Estado (el central entendemos) y una omisión es tan incumplimiento como un acto positivo. No solamente puede ser controlado el incumplimiento en sí mismo sino también sus consecuencias, pasadas y futuras las puede ser sujetas a la acción (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 258).

⁵⁷⁶ Sentencia TJCE de 24 de noviembre de 1982, caso *Comisión vs. Irlanda* (asunto 249/81), ECR. 4004.

el funcionamiento del mercado común, aplicando la doctrina que en este aspecto ha esbozado el Tribunal de las Comunidades Europeas⁵⁷⁷.

También este Tribunal ha rechazado causas eximentes alegadas por los Estados como el principio de reciprocidad, el incumplimiento de otros Estados miembros, la inactividad de las instituciones comunitarias, políticas imprevisibles que hacían imposible la adopción de normas de ejecución (crisis ministerial o disolución del Parlamento) o dificultades de orden económico y social incluida, por ejemplo, una huelga general paralizando los servicios públicos y en general, los Estados miembros no pueden alegar disposiciones o prácticas de su ordenamiento interno, incluso de orden constitucional, para justificar el incumplimiento de las obligaciones comunitarias⁵⁷⁸.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha rechazado como causa eximente las dificultades constitucionales que puedan haber en el Estado miembro, lo cual en la realidad andina es muy importante porque existen serios problemas constitucionales para aceptar este proceso de integración en varios países de la subregión. De la misma forma, en un Estado federal no puede constituir una defensa que el incumplimiento es debido a la acción u omisión de un estado federado, como un *land* alemán. Lo mismo puede aplicarse a los órganos judiciales, legislativos y ejecutivos de una dependencia del Estado miembro, como los de las comunidades autónomas en España, pero también una porción territorial lejana como es Gibraltar para el Reino Unido⁵⁷⁹.

De acuerdo con los artículos 23 y 24 TTA, la acción de incumplimiento tiene dos fases: una fase administrativa previa o pre-contenciosa y una fase judicial o contenciosa. La segunda no puede hacerse sin la primera, por lo que constituye ésta, al más estilo del derecho administrativo, un procedimiento administrativo previo en la cual la Secretaría General oye a las partes intervinientes, trata de lograr una solución sin acudir a la vía judicial y declara o no el cumplimiento.

⁵⁷⁷ Sentencias TJCE de 1 de marzo de 1983 y 11 de abril de 1978, casos Comisión vs. Bélgica (as. 301/81) y Comisión vs. Países Bajos (as. 95/77), ECR. 467 y 863 respectivamente.

⁵⁷⁸ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 454. Este autor cita como caso excepcional el de la sentencia TJCE *Comisión vs. Italia* de 11 de julio de 1985 (as. 101/84), en la que el Tribunal admitió como causa eximente la fuerza mayor para justificar la falta de presentación a la Comisión de ciertas estadísticas, la destrucción por una bomba en Italia del centro de datos donde se procesaban las mismas; no obstante, declaró el incumplimiento de Italia al haber transcurrido más de cuatro años desde la destrucción, superando "el tiempo que de hecho sería necesario para una administración con un grado normal de diligencia para reemplazar el equipo destruido y reunir y preparar los datos".

⁵⁷⁹ HARTLEY, *ob. cit.*, p. 309.

2.4.2. La fase administrativa previa

De acuerdo con el artículo 23 TTA, cuando la Secretaría General considere que un país miembro ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito y el país miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

También está prevista una fase administrativa en el artículo 24 TTA para el supuesto de que sea un país miembro el que reclame cuando otro país miembro haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En este caso, el Estado miembro reclamante elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento dentro del plazo a que se refiere el artículo 23 TTA, es decir, de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieran obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

En estos supuestos de fase administrativa, si el dictamen fuere de incumplimiento y el país miembro requerido persistiere en la conducta objeto de las observaciones de la Secretaría General, ésta deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal, en forma obligatoria, con lo cual se inicia la fase judicial contenciosa, a la que, según el artículo 23 TTA, el país miembro afectado podrá adherirse. Pero en la fase administrativa prevista en el artículo 24 TTA, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen de incumplimiento.

Igualmente, según el artículo 24 TTA, si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo por el país miembro o el dictamen de aquélla no fuere de incumplimiento, el país reclamante también podrá acudir directamente al Tribunal, posibilidad ésta que no se prevé si la fase administrativa es iniciada de oficio por la Secretaría General (art. 23 TTA) porque, como vimos, sólo podrá el país afectado adherirse a la acción de ésta.

En la etapa administrativa del recurso de incumplimiento europeo predomina un criterio de conciliación, persuasión, mediación y buenos oficios por parte de la Comisión y por eso el Tribunal de Justicia ha dicho que sus actos u omisiones en este procedimiento no son impugnables o recurribles

en vía judicial, lo que no ocurre exactamente en la primera parte de la acción de incumplimiento andina porque la Secretaría General está reglada en su actuación, con muy poca discrecionalidad y está obligada a actuar en la mayoría de los casos, ya sea abriendo el procedimiento, luego emitiendo el dictamen y después haciendo la solicitud al Tribunal de declaración de incumplimiento, para lograr el respeto del derecho andino. La fase administrativa, que el Tribunal andino llama "fase previa", abre el diálogo entre el órgano comunitario y el país miembro que supuestamente ha incumplido, "para permitirle corregir su conducta en una primera etapa de formulación de observaciones" por la Secretaría General, con la consiguiente argumentación del Estado. Esta etapa, también en palabras del Tribunal andino, "puede desembocar bien en la solución del problema por acatamiento del Estado a tales observaciones o en caso contrario, en la expedición de un informe o dictamen motivado para que se corrija el incumplimiento". Si el Estado admite la invitación a cesar el incumplimiento y efectivamente lo termina, concluye el conflicto. De lo contrario, la Secretaría General debe acudir al Tribunal abriendo así la fase procesal judicial⁵⁸⁰.

En todo caso, la Secretaría General tiene que cumplir una serie de obligaciones mínimas, en las que todavía prevalece lo jurídico sobre lo político. Esta puede ser subdividida en dos fases: la fase informal y la fase formal. En la fase informal, la Secretaría General investiga un posible incumplimiento y determina si hay suficientes evidencias para justificar el comienzo formal del procedimiento. Esta investigación informal deberá ser dirigida con discreción y sólo cuando la Secretaría General sienta que los aspectos legales y fácticos han sido completamente investigados, se moverá hacia una fase formal, la cual comenzará con un requerimiento escrito al Estado miembro para que suministre sus puntos de vista. Esta comunicación especificará que ha hecho mal el Estado miembro y qué reglas del derecho comunitario han sido violadas. También debe contener el tiempo del que dispone para suministrar su defensa. Después de la respuesta del Estado miembro, puede haber discusiones entre el órgano comunitario y el Estado requerido, y la Secretaría General debería estar siempre dispuesta a llegar a un acuerdo amigable si es posible. Solamente cuando está claro que el Estado miembro no está dispuesto voluntariamente a aceptar la posición de la Secretaría General, ésta deberá proceder a elaborar el dictamen de incumplimiento.

Tal como sucede en la fase administrativa o pre-contenciosa del recurso de incumplimiento europeo, en la fase administrativa andina destacan dos elementos fundamentales: la discrecionalidad de la Secretaría General, aunque en menor medida que en las Comunidades Europeas, tanto en el inicio como durante el procedimiento, salvo en aspectos muy concretos que señalaremos a continuación, y la necesidad de respetar el derecho de defensa del Estado, "simple administrado a estos efectos"⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Sentencia TJCA de 24 de marzo de 1997, proceso 3-AI-96, GOAC N° 261 de 29 de abril de 1997, p. 7.32.

⁵⁸¹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 457.

En el caso de que la Secretaría General no proceda a intentar la acción judicial, luego de iniciado el procedimiento y emitido el dictamen de incumplimiento, consideramos procedente el recurso judicial por inactividad u omisión por establecer el Tratado del Tribunal una obligación expresa en ese sentido. No creemos, en cambio, que pueda ser demandada judicialmente la Secretaría General por inactividad cuando ésta emite un dictamen de (in)cumplimiento en un sentido distinto al que considera el Estado miembro afectado. Lo que procedería en este caso, en nuestra opinión, es la impugnación por nulidad de este dictamen si hay razones legales para ello -éste debe ser motivado entre otros requisitos- (en la doctrina europea hay una simbiosis tal de factores políticos y jurídicos en este procedimiento administrativo de incumplimiento que hace que ello no sea posible⁵⁸²). Para algunos autores en este dictamen del recurso europeo privan aspectos no explicables solamente por lo jurídico y puede ser el resultado de negociaciones políticas, lo que no puede ser revisado por un órgano judicial: en este acto la discrecionalidad tiene un alto espectro de aplicación. Además, el dictamen de incumplimiento es considerado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, una opinión y no una decisión o acto administrativo, por lo que no puede ser impugnado⁵⁸³.

En la Comunidad Andina creemos que tal impugnación siempre debe ser posible. En primer lugar, porque el dictamen de incumplimiento, más que un dictamen, es un acto decisorio y no una mera opinión⁵⁸⁴. Aunque se considere un acto preparatorio, como últimamente lo ha considerado el Tribunal andino⁵⁸⁵, luego de haber sostenido lo contrario durante varios años, es un dictamen, si se le puede llamar tal, que tiene efectos de acto definitivo, lo cual es ampliamente aceptado en el contencioso-administrativo tradicional como impugnabile por una acción de nulidad.

⁵⁸² En este sentido, ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 457.

⁵⁸³ En este sentido HARTLEY, *ob. cit.*, p. 316. Igual piensan Schermers y Waelbroeck cuando dicen que una acción separada de ilegalidad contra el dictamen de incumplimiento normalmente no es posible porque no tienen efecto obligatorio, tal como lo dijo el Tribunal de Justicia europeo en el caso *Lutticke* (48/65 de 1 de marzo de 1966, ECR 27). Según estos autores, en el caso *First Cement Convention* el Tribunal consideró que un acto alterando la posición jurídica de las partes y en consecuencia, afectando sus intereses, puede ser atacado. Esta puede ser la razón, para estos autores, para permitir a un Estado envuelto en una acción de incumplimiento para intentar un recurso contra un dictamen de incumplimiento si la Comisión no lleva el caso al Tribunal o al menos no lo hace pronto (SCHERMERS y Waelbroeck, *ob. cit.*, p. 267).

⁵⁸⁴ Comparte este opinión ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 113, quien considera que en la Comunidad Andina, tal como lo hemos expresado a lo largo de este trabajo, el dictamen se debe dictar bajo la forma de una Resolución por contener la última decisión de la Secretaría General en el procedimiento administrativo abierto por incumplimiento, lo cual es impugnabile de acuerdo con el artículo 17 del Tratado del Tribunal andino.

⁵⁸⁵ Al respecto, véase sentencia TJCA, proceso 24-AN-1999, de 2 de febrero de 2000.

La posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina había sido que el dictamen de incumplimiento que emitía la Junta y hoy hace la Secretaría General era un paso previo que permitía que directamente, o a falta de ello, los países miembros pudieran intentar la acción de incumplimiento; "aunque su nombre no lo diga, es un acto que representa la voluntad del órgano colegiado, con efectos resolutorios o decisorios, equivalente a las Resoluciones de la Junta, y, por tanto susceptible como tal de ser impugnado en anulación por las vías previstas en el tratado". En este criterio del Tribunal, lamentablemente variado recientemente, el dictamen motivado de incumplimiento, "si bien no contiene todos los aspectos formales que exigía el artículo 14 del mencionado Reglamento, sí refleja los elementos esenciales de un acto administrativo dictado en la etapa previa que corresponde a la competencia de la Junta antes de iniciar la acción de incumplimiento ante el Tribunal andino". Para este órgano judicial, "un dictamen motivado es por su naturaleza una Resolución revestida de las características generales de presunción de legalidad y de fuerza obligatoria a fin de que los Estados ajusten sus conducta dentro de los parámetros establecidos en dicho Dictamen, el que tiene aplicación inmediata y directa y primacía sobre el Ordenamiento Jurídico de los Estados Miembros"⁵⁸⁶.

Para el Tribunal andino en su criterio anterior, el dictamen se emitía con las facultades que le otorga el *Tratado de Creación del Tribunal andino* a la Junta, hoy Secretaría General, en los artículos 23 y 24 TTA, que le sirven de fuente constitucional y en consecuencia, los actos de la antigua Junta y los de la hoy Secretaría General en esta materia no son simples recomendaciones "pues el dictamen es consecuencia de un proceso administrativo establecido en el Tratado del Tribunal, que le imprime obligatoriedad". Según el Tribunal andino, el dictamen de incumplimiento es el acto final de una fase previa a la contenciosa administrativa, con efectos obligatorios, cuya inobservancia por el país miembro legitima a la Secretaría General para acudir al Tribunal andino mediante la acción de incumplimiento; por ello, no podría convertirse en una mera declaración sin efecto jurídico alguno sino que, por el contrario, si el dictamen no revistiera la forma de una Resolución, en su esencia y fines tiene las mismas características, contenido y efecto jurídico de ésta⁵⁸⁷.

En lo que sí estamos de acuerdo con la doctrina mencionada es que hay en este tipo de actos evidentes razones políticas que el Tribunal de Justicia no pueda entrar a analizar, pero al mismo tiempo hay aspectos controlables jurisdiccionalmente como la motivación del acto, los aspectos procesales y en general el derecho de defensa del Estado involucrado⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Sentencia TJCA, proceso 1-AN-97, de 26 de febrero de 1998, GOAC No. 340 de 13 de mayo de 1998, pp. 36-37.

⁵⁸⁷ Sentencia TJCA, proceso 1-AN-97, de 26 de febrero de 1998, GOAC No. 340 de 13 de mayo de 1998, pp. 36-37. Este criterio fue ratificado en sentencia TJCA, proceso 03-AI-97, de 8 de diciembre de 1998, GOAC No. 410 de 24 de febrero de 1999, pp. 27-28.

⁵⁸⁸ Este es el criterio de Hartley quien refiriéndose al recurso de incumplimiento europeo dice que si la Comisión lleva al Tribunal de Justicia un caso con defectos procesales, como sería si no le dieron

Compartimos con Hartley el criterio de que no sería razonable mantener que existe una obligación absoluta en la Secretaría General de comenzar forzosamente los procedimientos de incumplimiento en cada caso donde un incumplimiento haya ocurrido. Pero, al mismo tiempo, puede ser errado asumir que no hay obligación en ningún caso. La posición más correcta parece ser que el órgano comunitario tiene discrecionalidad en este sentido, pero también sometido a una obligación. La obligación es tomar la más apropiada acción para asegurar que el derecho comunitario sea obedecido; la discrecionalidad tiene que ver con la determinación de cuál es la acción más apropiada tomando en cuenta las circunstancias. Esta discrecionalidad debe, sin embargo, ser ejercida de acuerdo con un criterio correcto⁵⁸⁹.

Debe destacarse, por lo demás, que el Estado al que se le imputa un incumplimiento tiene amplias posibilidades de defensa mediante la respuesta a las observaciones iniciales de la Secretaría General previstas en el artículo 23 TTA, la contestación de las mismas y durante el tiempo que transcurra entre la fecha del dictamen motivado y la presentación de la solicitud de pronunciamiento judicial al Tribunal. Esto último es importante destacarlo porque la Secretaría General está obligada a abrir un período dentro del cual el Estado miembro debe finalizar su violación y proceder a corregir sus incumplimientos. Sólo transcurrido éste, puede la Secretaría General interponer la acción de incumplimiento en el Tribunal de Justicia, por lo que si el Estado miembro cumple lo solicitado por la Secretaría General antes de su finalización, no es posible abrir la fase judicial, lo que no sucede si el cumplimiento tiene lugar *a posteriori*, en cuyo caso el proceso judicial puede seguir adelante que permita al Tribunal resolver posibles divergencias en la interpretación del derecho comunitario⁵⁹⁰.

al Estado miembro la oportunidad de alegar razones a su incumplimiento, incluyendo la suficiente información y tiempo que le haya permitido hacerlas, que el dictamen no está razonado o motivado o que no le dieron al Estado miembro un razonable tiempo para finalizar su violación, el Estado miembro puede alegarlos y si son lo suficientemente serios, estos pueden constituir un motivo para no admitir la acción. Según este autor, sería razonable darle importancia a los requerimientos procedimentales estableciéndolos como esenciales precondiciones para la admisibilidad de una acción de incumplimiento. Esto porque para la doctrina mayoritaria lo que emana de la Comisión europea es una opinión y no una decisión, pero en el caso de que fuera una decisión, como parece ser el caso de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y como creemos que sucede en la Comunidad Andina, aunque se llame dictamen, Hartley considera que la decisión de la Comisión podría ser anulada por el Tribunal por infringir esenciales requerimientos procesales. Ahora bien, en lo que sí parecen estar de acuerdo todos los autores es que, en todo caso, la impugnación no puede ser sino en los aspectos procesales y no en los aspectos sustantivos y si la decisión es anulada, la Comisión tendría que comenzar el procedimiento otra vez. Hartley destaca que el defecto debe ser suficientemente serio como sería, por ejemplo, una falla en las razones del acto (la motivación) o la violación del principio *audi alteram partem*, lo que justificaría una anulación (HARTLEY, *ob. cit.*, pp. 316-317).

⁵⁸⁹ HARTLEY, *ob. cit.*, p. 312.

⁵⁹⁰ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 460.

Volviendo a los aspectos formales del procedimiento de incumplimiento, tiene mucha importancia la llamada en Europa "carta de requerimiento", por medio de la cual la Secretaría General pone en conocimiento del Estado miembro el supuesto incumplimiento, ya que va a predeterminar el desenvolvimiento del resto del procedimiento, incluida la fase judicial.

En efecto, a partir de esta carta, que debe contener las observaciones del órgano comunitario, el Estado miembro debe defenderse y basado en ambas cosas, la Secretaría General debe emitir el dictamen, el cual debe ser motivado. La carta de requerimiento es, pues, una forma sustancial de la regularidad del procedimiento, constituyendo la posibilidad para el Estado para presentar su defensa, por lo que se convierte en pieza central del procedimiento porque tales observaciones no pueden ser posteriormente cambiadas. La carta de requerimiento circunscribe el objeto del litigio e indica al Estado miembro los elementos necesarios para la preparación de su defensa y el dictamen motivado debe incorporar coherentemente una exposición de las razones que puedan llevar a la Secretaría General a la convicción sobre el cumplimiento o lo contrario. En caso contrario, esto es, si la Secretaría General no recoge las observaciones fielmente de acuerdo con la carta de requerimiento y con la defensa hecha por el Estado miembro, tal dictamen será susceptible de impugnación y si la Secretaría General intenta la acción judicial basada en nuevos elementos que no se encuentran recogidos en los anteriores documentos, tal solicitud no puede ser admisible⁵⁹¹.

En todo caso, la determinación por la Secretaría General del incumplimiento de un Estado miembro, ya sea en la carta de requerimiento o en el dictamen motivado, ello debe significar la supresión formal e inmediata de las disposiciones nacionales incompatibles con el ordenamiento jurídico comunitario, "por elementales consideraciones de seguridad jurídica del sistema y como resultado de la aplicación del efecto directo y de la primacía del derecho comunitario sobre el orden jurídico nacional"⁵⁹²⁵⁹³.

⁵⁹¹ En este sentido, ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 459.

⁵⁹² Sentencia TJCA de 24 de marzo de 1997, proceso 3-AI-96, GOAC N° 261 de 29 de abril de 1997, p. 7.32.

⁵⁹³ Sólo el 10% de los conflictos comunitarios planteados ante la Comisión ha llegado al Tribunal de Justicia, de acuerdo con datos aportados por ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 109.

Otro autor cita un estudio realizado por Armando Toledano Laredo, miembro del Consejo Principal del Consejo Jurídico de la entonces Comunidad Económica Europea, cuando no habían sido establecidas las multas a tanto alzado como sanción en el recurso de incumplimiento, quien revela que "a pesar de que en los fallos del tribunal europeo existe ausencia material de sanciones, pues sólo existe una sanción moral, la del fallo, así como la necesidad de conformarse a lo que éste dispone, dichos fallos han sido acatados en su gran mayoría".

Toledano Laredo se remite a las estadísticas y dice: "Si consideramos un período calculado desde 1959 hasta 1980, es decir, 22 años de actividad comunitaria, encontraremos que en el campo de las infracciones se han verificado 1.038 envíos de cartas previstas en el artículo 169, dejando de lado

Las observaciones que formula la Secretaría General al país miembro equivalen a un acto de cargo y deben hacerse aun cuando el procedimiento haya sido iniciado por reclamo de un país miembro (art. 24 TTA). Si bien la redacción del artículo 24 TTA no es muy clara al respecto, ya que habla sólo de las gestiones que debe hacer la Secretaría General sin mencionar la formulación de observaciones, como sí lo hace el artículo 23 TTA⁵⁹⁴, para luego establecer el deber de emitir un dictamen de incumplimiento, consideramos que debido a que este dictamen tiene todas las características de un acto administrativo definitivo, debe dársele al Estado miembro la oportunidad de defenderse y permitírsele que conozca los motivos del procedimiento y nada mejor para ello que la Secretaría General, al igual que en el artículo 23 TTA, le formule al presunto país miembro infractor las observaciones y luego proceder a hacer el dictamen de incumplimiento, con las gestiones a que hubiere lugar previamente con la correspondiente investigación sumaria de los hechos⁵⁹⁵.

toda parte pre-contenciosa de contactos informales y disensiones con los Estados miembros, aspecto muy importante y numeroso desde el punto de vista cuantitativo, pero al que no se da la menor publicidad. De estos 1.038 casos, 638 quedaron resueltos con esa comunicación, es decir, que el Estado miembro que la recibió contestó diciendo que aceptaba el punto de vista de la Comisión". "Quedan -continúa Toledano Laredo- 400 que no se solucionaron mediante el procedimiento previo y que fueron objeto de un dictamen enviado por la Comisión a los Estados miembros".

Después de referirse al envío de estos dictámenes dice: "En 198 casos la controversia quedó solucionada, por lo que sólo en 102 casos fue necesario presentar una demanda ante el Tribunal de Justicia". Esto quiere decir que las 102 acciones contenciosas realmente iniciadas ante el Tribunal de Justicia europeo representan un 10 por ciento respecto de las cartas y aproximadamente un 25 por ciento con referencia a los dictámenes. Por último indica que "de estas 102 acciones judiciales iniciadas contra los Estados miembros, todas naturalmente terminaron en un fallo. En 100 casos los Estados miembros adoptaron rápidamente las medidas necesarias para dar cumplimiento al fallo del Tribunal, y en dos casos únicamente, sobre 102 demandas y 1.038 reclamos iniciados, fue necesario volver al Tribunal siguiendo en el mismo procedimiento contencioso, pero esta vez por haber transgredido lo establecido en el artículo 171, es decir, por no haber adoptado a debido tiempo las medidas necesarias. En estos dos últimos casos hubo un segundo fallo, después del cual el Estado miembro hizo lo necesario muy rápidamente" (HURTADO LARREA, Estuardo, "Los incumplimientos y la acción asignada a la competencia del Tribunal", *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Buenos Aires, 1985, pp. 77-78).

⁵⁹⁴ En este sentido ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 110.

⁵⁹⁵ Tal como lo expresa Hartley, refiriéndose al recurso de incumplimiento europeo, ninguna autoridad administrativa razonable puede tener una conclusión definitiva en una materia tan importante hasta después de haber considerado las alegaciones suministradas por el Estado miembro. Es una parte esencial de la doctrina del *audi alteram partem* que una audiencia debe preceder la decisión. Así, el orden correcto de los eventos en un procedimiento administrativo de incumplimiento debe ser: primero, las alegaciones; luego la conclusión de que ha habido una violación; y finalmente, la decisión. Sin embargo, el órgano comunitario no debería hacer al Estado miembro ninguna observación a menos que tenga razón para creer que una violación ha tenido lugar. Así, el requerimiento formal de observaciones debe ser precedido por una determinación preliminar de que una violación aparece que ha ocurrido (HARTLEY, *ob. cit.*, p. 310).

La formulación de observaciones debe hacerla la Secretaría General también en el caso establecido en el artículo 26 TTA según el cual aquélla debe emitir, a la brevedad posible, un dictamen motivado, previa emisión de una Resolución de verificación de la existencia de gravamen o restricción o cuando se trate de un caso de incumplimiento flagrante, a partir del cual puede la misma Secretaría General o el país miembro afectado acudir directamente al Tribunal de Justicia (art. 26 TTA). Si bien se trata de un procedimiento que debe ser breve, ello no debe significar que al país miembro requerido no se le dé la oportunidad de defenderse antes de acudir al Tribunal⁵⁹⁶, sino que lo que tiene que hacerse es abreviar los lapsos respectivos pero no eliminar ningún trámite esencial. Así, no se perjudican los intereses comunitarios en caso de que sea necesario adoptar una medida cautelar o decidir rápidamente el fondo del asunto, ni los intereses individuales del Estado miembro. En todo caso, este procedimiento especial del artículo 26 TTA es excepcional y se debe demostrar la urgencia para adoptar una decisión de tanta importancia en un período de tiempo breve.

Así pues, en los casos de procedimientos administrativos previos de la acción judicial de incumplimiento, el país requerido tiene derecho a una audiencia como una formalidad sustancial, todo lo cual debe hacerse dentro del plazo máximo establecido en el Tratado en cada caso salvaguardando el derecho de defensa del Estado requerido

Existe una diferencia importante entre el procedimiento administrativo establecido en el artículo 23 TTA y el del artículo 24 TTA. En efecto, según el primero, si el dictamen fuere de incumplimiento y el país miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal y el país miembro afectado podrá adherirse a la acción del Tribunal.

En cambio, según el artículo 24 TTA, si el dictamen fuere de incumplimiento y el país miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal, sin decir el Tratado "a la brevedad posible" como en el anterior. Pero agrega este artículo, lo que no hace el artículo 23 TTA, que si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal, lo cual también podrá hacer si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuese de incumplimiento.

⁵⁹⁶ ...y no sólo para protegerlo en su derecho de defensa desde el punto de vista de sus intereses individuales sino para que la Secretaría General se entere de los detalles de la situación y no realice un trámite innecesario ya que el Estado requerido puede hacer alegaciones que, o bien demuestren que no se trata de un incumplimiento o que siéndolo puedan subsanarse sin intervención del órgano judicial, tal como la naturaleza de la fase administrativa permite en todos los casos.

Como puede verse en los dos artículos anteriores, cuando la fase administrativa ha sido iniciada por la Secretaría General de oficio, el país miembro afectado, aunque haya denunciado el incumplimiento, sólo puede adherirse a la acción judicial de aquélla y no puede intentarla autónomamente. Tampoco podrá intentarla si la Secretaría General no emitiera su dictamen, como sí puede hacerlo el país reclamante en el artículo 24 TTA⁵⁹⁷. Esto es debido a que el país miembro que hace conocer a la Secretaría General como denunciante una posible infracción al ordenamiento jurídico comunitario no es parte del procedimiento, de manera que si la Secretaría General no emite el dictamen de incumplimiento, aquél no tiene derecho a intentar la acción judicial en ningún caso y en el supuesto que ello ocurra porque lo haga el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina, a lo sumo lo único que podrá hacer el país afectado será adherirse a la acción judicial intentada.

Ahora bien, cuando el procedimiento administrativo es iniciado por un país miembro de acuerdo con el artículo 24 TTA, a lo que el Tratado llama reclamo, el país reclamante tiene derecho a que, si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, pueda acudir directamente al Tribunal y no simplemente adherirse. Y más aun: si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante también podrá acudir directamente al Tribunal.

Queda la duda de la situación en que queda un país miembro que ha denunciado un incumplimiento de otro país miembro de acuerdo con el artículo 23 TTA y la Secretaría General no emite el dictamen de incumplimiento o haciéndolo, no intenta la acción judicial de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. En este caso consideramos que lo único que podría hacer el país miembro denunciante es intentar un recurso por omisión o inactividad ante el Tribunal de Justicia contra la Secretaría General, de conformidad con el artículo 37 TTA, para que aquél declare si hay obligación de este órgano comunitario de emitir el dictamen o de intentar la acción de incumplimiento, ya que de acuerdo con el artículo 23 TTA ambas conductas son obligaciones expresas de la Secretaría General.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que el dictamen de la Secretaría General tenga necesariamente que ser de incumplimiento. Pero si la Secretaría General considera que hay incumplimiento y no intenta la acción judicial, el país miembro denunciante lo que debe hacer es intentar el recurso por omisión, de acuerdo con el artículo 37 TTA, para que el Tribunal de Justicia obligue a la Secretaría General a cumplir su obligación de intentar la acción de incumplimiento como

⁵⁹⁷ Hay que hacer notar que el Tratado del Tribunal en el artículo 23 habla de "país afectado", de manera que los derechos que otorga este artículo no aplican a los países que no tienen esta característica. Pero el artículo 24 TTA establece los derechos de intervención en la acción de incumplimiento, en cualquiera de sus fases, al "país reclamante", por lo que no tiene que demostrar su cualidad de afectado para intervenir en el mismo sino tratarse de un país que reclama un incumplimiento de las obligaciones comunitarias.

lo establece el artículo 23 TTA, para que luego el país afectado pueda adherirse a la misma como lo permite este último artículo.

Obviamente, vistas estas complicaciones procesales, aunque vemos que hay salidas, pero no en todos los casos como sería en el supuesto que el dictamen fuese de cumplimiento según el artículo 23 TTA ya que en esta posibilidad el país denunciante no tiene ningún derecho según el Tratado. En cambio el país reclamante sí puede intentar la acción de incumplimiento autónomamente en el artículo 24 TTA, por lo cual lo recomendable es que cuando un país miembro observe un incumplimiento de otro país de la Comunidad, inicie el procedimiento administrativo de incumplimiento en la Secretaría General haciendo un reclamo, no una simple denuncia, de acuerdo con el artículo 24 TTA, para convertirse en país reclamante, lo que le da más posibilidades de resolver el conflicto en vía judicial sin depender de la actitud de la Secretaría General.

2.4.3. La fase judicial

Emitido el dictamen de incumplimiento por la Secretaría General o producido el silencio administrativo que permite al país miembro reclamante o a los particulares afectados ocurrir ante el Tribunal de Justicia, queda abierta la fase judicial para que aquéllos puedan intentar la acción de incumplimiento. Igualmente, si el dictamen rechaza el incumplimiento, nada impide al Estado que inició el procedimiento de acuerdo con el artículo 24 TTA recurrir ante el Tribunal de Justicia.

Una vez que la demanda de incumplimiento ha llegado al Tribunal de Justicia, se le tramita de conformidad con las normas de procedimiento establecidas en el Estatuto del Tribunal y en su Reglamento. Concluido el trámite, el Tribunal debe dictar sentencia en la que, de ser el caso, declara el incumplimiento del país miembro demandado y lo conmina a tomar las medidas necesarias para dar término al incumplimiento en un plazo de tres meses, contado a partir de su notificación.

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 27 TTA, si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el país miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.

El mismo artículo 27 TTA dice que si dicho país miembro no cumple la obligación señalada anteriormente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al país miembro remiso.

En todo caso, expresa el artículo 27 TTA, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido.

2.4.3.1. Legitimación activa

Al igual que en la fase administrativa, los sujetos activos de la acción judicial de incumplimiento son la Secretaría General, los países miembros y las personas naturales o jurídicas. La titularidad de la acción de incumplimiento en la Secretaría General representa una garantía de los intereses comunitarios frente a los intereses de los países miembros y el de los particulares. Tal como lo expresa Andueza, con ella lo que se quiere es que la Secretaría General se convierta en eje centralizador de la vigilancia de la observancia del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, independientemente de los intereses de los países miembros o de sus nacionales⁵⁹⁸.

Aun cuando el Tratado no lo exige, la doctrina ha considerado que en la acción de incumplimiento ejercida por los Estados miembros, éstos tienen que acreditar algún interés⁵⁹⁹. Igual sucede, como luego veremos, con la intentada por los particulares. En nuestro criterio está claro que en el caso del artículo 23 TTA, el país miembro que denuncia el incumplimiento no se convierte titular de ningún derecho procesal porque la Secretaría General, luego de estudiada la denuncia y con sus propias investigaciones, abrirá de oficio el procedimiento o decidirá lo contrario pero actuando de acuerdo a sus propias convicciones en el caso. Por este motivo, el país miembro para denunciar un incumplimiento no tiene que demostrar ningún interés. Solamente exige el artículo 23 TTA, si la Secretaría General intenta la acción judicial, que el país miembro que quiera adherirse a su acción se trate de un país afectado por el incumplimiento, lo que no es necesario para hacer la denuncia que pudiera causar la apertura del procedimiento administrativo.

Ahora bien, cuando se trata del supuesto regulado en el artículo 24 TTA, no es necesario que el país miembro que quiera hacer el reclamo de un incumplimiento demuestre algún interés sino que para ello basta que sea un país miembro de la Comunidad Andina. En todo caso, el país miembro que solicita la apertura se convierte en reclamante y ello le otorga ciertos derechos procesales. El sólo hecho de ser miembro de la Comunidad Andina ya demuestra el interés que pudiera tener en la consideración del incumplimiento por la Secretaría General y para poder actuar ante el Tribunal de Justicia.

⁵⁹⁸ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 115.

⁵⁹⁹ En este sentido, ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 115.

2.4.3.2. Materia de la acción

La causa para pedir al Tribunal que declare el incumplimiento de un país miembro es el hecho de que este país, no obstante el dictamen de la Secretaría General, y aún con su ausencia en ciertos casos, ha persistido en la conducta contraria al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y no ha adoptado las medidas necesarias para el cese del incumplimiento. La infracción denunciada deberá ser la contradicción entre la conducta u omisión reiterada del país infractor con lo ordenado por la Secretaría General en el dictamen.

En este sentido, la demanda de incumplimiento, de conformidad con el artículo 39 ETJA, podrá referirse, entre otras, a la expedición de normas contrarias al ordenamiento jurídico, a la no expedición de normas que le den cumplimiento o a actos o conductas opuestas a dicho ordenamiento a pesar de haberse adoptado disposiciones que ordenen su cumplimiento. Aunque el dictamen haya sido de cumplimiento, la demanda deberá fundamentarse en que el país requerido ha ejecutado **actos contrarios** al derecho comunitario o ha dejado de producir aquellos a los que está obligado por el ordenamiento jurídico comunitario⁶⁰⁰.

2.4.3.3. Presupuestos procesales

La exigibilidad del derecho es uno de los presupuestos procesales necesarios para cualquier acción judicial. Cuando el derecho está sometido a un plazo o a una condición, mientras aquéllos no se hayan cumplido, se hace inexigible.

En el caso de los países miembros, su acción de incumplimiento está sometida a dos plazos distintos: a) No se la puede intentar sino una vez vencido el plazo de sesenta días, contados a partir de la fecha del dictamen de la Secretaría General, si ésta no lo ha intentado; b) No se la puede intentar tampoco sino una vez vencido el plazo de sesenta y cinco días que tiene la Secretaría General para emitir su dictamen y no lo hubiere hecho.

En este aspecto es más claro el Tratado del Tribunal andino que el de la Comunidad Europea, cuyo artículo 226 no establece ningún plazo para recurrir ante el Tribunal de Justicia una vez emanado el dictamen motivado, por lo cual en la práctica el plazo lo fija éste directamente; tampoco establece el Tratado un plazo para poder intentar la acción de incumplimiento una vez transcurrido el período determinado por el dictamen motivado, para lo cual se recurre, para solucionar la duda, a la razonabilidad⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 116.

⁶⁰¹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 461.

Andueza destaca "la prelación establecida para el ejercicio de la acción de incumplimiento demuestra, una vez más, que las acciones judiciales en el derecho procesal comunitario andino tienen como fin principal tutelar la legalidad andina y, subsidiariamente, los intereses de los países miembros o los intereses de los particulares"⁶⁰².

2.4.3.4. Contenido y alcance de la sentencia

La sentencia de la acción de incumplimiento contiene una declaración de certeza en el sentido de que reconoce que el país miembro demandado ha incumplido el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Pero si bien la sentencia que declara el incumplimiento tiene un alcance declarativo, ello no significa que no sea vinculante sino que no corresponde al Tribunal sino al propio Estado miembro corregir el incumplimiento. Por eso, esta sentencia contiene una orden para que el país requerido cese en el incumplimiento y adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a la misma. Esta contiene, además de la declaración de incumplimiento, un mandamiento para que el país infractor ajuste su conducta o comportamiento a las normas comunitarias andinas. Como en la Comunidad Europea, si el Tribunal de Justicia declara que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones comunitarias, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia, ejecución que "debe ser iniciada inmediatamente y culminada en el plazo más breve posible"⁶⁰³.

Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la naturaleza de la acción de incumplimiento es "esencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer". Así se desprende claramente, en criterio del Tribunal, de lo dispuesto en el artículo 27 TTA cuando establece que la sentencia de incumplimiento implica para el país cuya conducta ha sido objeto de reclamo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación⁶⁰⁴.

⁶⁰² ANDUEZA, *El Tribunal del...*, pp. 116-117.

⁶⁰³ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 462.

⁶⁰⁴ Sentencia TJCA de 30 de octubre de 1996, proceso 1-AI-96, GOAC N° 234 de 21 de noviembre de 1996, p. 2.32. Este criterio fue ratificado en sentencia TJCA, proceso 2-AI-97, de 24 de septiembre de 1998, GOAC No. 391 de 11 de diciembre de 1998, p. 8, pero sacando a relucir el tercer literal del entonces artículo 171 TCE (hoy artículo 228 TCE) que establece que "si el Tribunal de Justicia declara que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en el virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia".

2.4.3.5. Ejecución de la sentencia

El Tratado andino concede un plazo de noventa días para que el país infractor dé cumplimiento voluntario a la sentencia. Este plazo comienza a correr a partir de la notificación de la decisión.

Se debe observar que, si bien el artículo 58 ETJA dispone que la sentencia tiene fuerza obligatoria a partir del día siguiente al de su lectura en audiencia, el artículo 27 TTA establece que el país requerido está obligado a "adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación", con lo cual se modifica para este supuesto la regla general del Estatuto.

Vencido este plazo de noventa días sin que el país infractor haya adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, el Tribunal iniciará el proceso ejecutivo "sumariamente" para determinar los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país miembro remiso (art. 27 TTA). En este procedimiento, el Tribunal debe solicitar la opinión de la Secretaría General y "esta la expresará dentro de los treinta días siguientes al de la recepción de la solicitud" (art. 69 Estatuto).

En todo caso, dice el artículo 27 TTA, "el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido". Si bien este artículo es muy amplio respecto a las medidas que puede adoptar el Tribunal en lugar de la restricción o suspensión de beneficios, no creemos que el Tribunal pueda llegar a adoptar multas coercitivas porque no están previstas expresamente en el Tratado. Se debe tratar de medidas equivalentes a la mencionada anteriormente que dependerán de las circunstancias de cada caso concreto, pero que de ninguna manera supongan la erogación de cantidades de dinero ya que al tratarse de una sanción deben estar expresamente previstas en el derecho originario. Inclusive, aunque no se trate de multas coercitivas, el Tribunal de Justicia tampoco puede comportarse en forma demasiado discrecional en el establecimiento de las medidas sustitutivas de la expresamente prevista en el Tratado ya que por ser medidas sancionatorias no hay una libertad ilimitada en el órgano encargado de aplicarlas, aunque el Tratado parezca decirlo, si las normas no han establecido claramente su contenido y alcance.

El Tribunal, recibida la opinión de la Secretaría General y si hubiere lugar, fijará día y hora para una audiencia (art. 70 ETJA). El auto del Tribunal que autoriza la ejecución se debe dictar dentro de los cinco días siguientes al de la clausura de la audiencia o de los diez días siguientes al de la recepción de la opinión de la Secretaría General. En ese auto de ejecución, el Tribunal debe

determinar "los límites dentro de los cuales los Países Miembros podrán restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo que beneficien al País Miembro remiso" (art. 71 ETJA). Dichos límites deberán guardar relación con la gravedad del incumplimiento según el mismo artículo.

El auto de ejecución contiene una autorización para que el país reclamante y los demás países miembros que el Tribunal establezca puedan aplicar las restricciones o suspensiones acordadas por el mismo. El auto se limita a autorizar a los países miembros a suspender o restringir las ventajas, pero no obliga a éstos a hacerlo. Cada país puede estimar si le resulta conveniente o no las sanciones autorizadas.

Como podemos observar, el régimen del incumplimiento en la Comunidad Andina varía en sus consecuencias al de la Comunidad Europea ya que en ésta la sanción es pecuniaria porque es la imposición del pago de una multa coercitiva. No se sigue en la Comunidad Europea ni en la Comunidad Andina el sistema de compensación sobre sumas debidas presente en el Tratado CECA, sistema éste que solamente existe con relación a la financiaciones a cargo de los fondos estructurales comunitarios, pero dichas sanciones sólo son aplicables a infracciones puntuales ligadas a acciones financieras de la Comunidad y no con carácter general en las transgresiones del derecho comunitario.

2.4.3.6. Las medidas cautelares

El Tribunal antes de dictar sentencia definitiva, a petición de la parte demandante y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida "presuntamente infractora", si esta causare o pudiere causar al demandante o a la subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación (art. 28 TTA).

Hartley expresa que cuando los Estados miembros violan el Tratado de la Comunidad Europea, lo cual algunas veces hacen conscientemente, intentan rodear sus incumplimientos de un carácter provisional: saben que tendrán que entrar en la legalidad eventualmente, pero tratan de mantener sus incumplimientos el mayor tiempo posible. Las tácticas dilatorias están, consecuentemente, a la orden del día: si un subsidio ilegal o una importación prohibida pueden estar vigentes un tiempo suficientemente largo, éstas pueden lograr su propósito. Los Estados miembros, además, juegan con el tiempo en sus negociaciones con el órgano comunitario -la Secretaría General en la Comunidad Andina y la Comisión en las Comunidades Europeas- y éste trata de apurar el proceso. En esta situación, la posibilidad de lograr una orden temporal del Tribunal pudiera ser una arma muy útil del órgano comunitario⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ HARTLEY, *ob. cit.*, p. 324.

Es por esto que el Tratado de Creación del Tribunal andino permite a éste dictar medidas cautelares en el proceso de incumplimiento mientras se dicta la sentencia definitiva, para evitar daños irreparables por la decisión que ponga fin al litigio, medidas que incluso podrán llegar a ser de suspensión de normas nacionales. La gran duda que había en la Comunidad Europea para llegar a tanto, no existe en la Comunidad Andina. Ello porque la norma que las permite en Europa –el art. 243 TCE- es muy general y poco específica, sin decir qué tipo de medidas se pueden adoptar -la norma andina es claramente específica-, y porque siendo la sentencia de la acción de incumplimiento meramente declarativa, es dudoso que el Tribunal pueda requerir a un Estado miembro hacer algo.

Sin embargo, en la Comunidad Europea, pese a las dudas, el Tribunal de Justicia ha ordenado a los países miembros, cuando han estado realizando actuaciones en contra del ordenamiento jurídico comunitario, finalizar tal acción, aun cuando no ha dictado sentencia definitiva. El Tribunal de Justicia ha considerado que en esta situación puede ejercer amplios poderes en forma temporal mientras se dicta la sentencia definitiva y además, agregamos nosotros, siguiendo a Hartley, que el artículo 243 TCE dice que el Tribunal podrá adoptar "cualquier" medida cautelar en "cualquiera" de los casos llevados ante el mismo.⁶⁰⁶

Para el Tribunal lo importante es que haya serias dudas de hasta donde las medidas adoptadas por un Estado miembro puedan ser compatibles con el derecho comunitario⁶⁰⁷. Ya hoy la posibilidad de medidas cautelares en la Comunidad Europea por parte del Tribunal de Justicia es cierta y el proceso es básicamente el mismo a cuando se aplican tales medidas contra una persona privada o una institución comunitaria. En todo caso, la solicitud de una medida cautelar debe ser hecha al mismo tiempo que la acción principal y no antes.

Hace notar Hartley que hay tres principales consideraciones que el Tribunal de Justicia toma en cuenta cuando decide conceder una medida cautelar. Primero, que el proceso por incumplimiento tenga visos de ser exitoso para el demandante: ninguna medida será dictada si el reclamo en la principal acción es manifiestamente infundada. Segundo, la solicitud de la medida debe mostrar que la necesidad de la misma es urgente. Tercero, el órgano comunitario normalmente requerirá la demostración de un daño irreparable a los intereses comunitarios que pueda ocurrir si la orden no es dictada, pero el demandado puede también demostrar que daños irreparables pueden producirse a sus intereses si la medida cautelar es dictada⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ HARTLEY, *ob. cit.*, p. 325.

⁶⁰⁷ Sentencia TJCE, caso Comisión vs. Irlanda (as. 61/77), ECR. 937.

⁶⁰⁸ HARTLEY, *ob. cit.*, p. 327.

En todo caso, se trata de una posibilidad, la de las medidas cautelares por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contra los Estados miembros infractores, que, aun cuando jurisprudencialmente no han sido aplicadas, las permite el Tratado claramente sin ninguna duda, aunque se trate de actos o normas nacionales las que deban suspenderse. En nuestro criterio, es procedente aplicar, para aclarar aún más la situación con este tipo de medidas, los criterios jurisprudenciales europeos que acabamos de esbozar de la seria duda de la compatibilidad comunitaria, de la gran posibilidad de éxito de la acción de incumplimiento para el demandante y de la urgencia, vista la amplitud de la norma andina que las permite, aunque ya el artículo 28 TTA establece como condición para otorgarla la tercera de las consideraciones del Tribunal de Justicia europeo: que la medida "presuntamente infractora" causare o pudiere causar al demandante o a la subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación.

2.4.3.7. Revisión de la sentencia de incumplimiento

Con carácter excepcional, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina permite en su artículo 29 algo no previsto en las Comunidades Europeas: la revisión de las sentencias dictadas en acciones de incumplimiento por el mismo Tribunal, a petición de parte, lo que sólo se justifica cuando el Tribunal ha incurrido en error que ha influido decisivamente en el juicio. Ese error se demuestra cuando una vez concluido el juicio aparecen pruebas que, de haberlas conocido el Tribunal al dictar la sentencia, la decisión hubiera sido otra. Con la revisión lo que se pretende es demostrar es que la sentencia fue dictada con base a una realidad procesal que no coincide con la verdad real.

El artículo 29 TTA limita el recurso de revisión a las sentencias dictadas en acciones de incumplimiento y sólo se puede pedir cuando algún hecho, desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicita la revisión, hubiera podido influir decisivamente en el resultado del proceso. Debemos tomar el término "hecho" en su acepción más amplia, que comprende documentos, testimonios, documentos y testimonios declarados falsos después de la sentencia, peritajes ilegales, entre otros.

El hecho que motiva la revisión no pudo ser conocido por el Tribunal en la fecha de la sentencia, ya sea por fuerza mayor, por caso fortuito o por obra de la otra parte. Si la parte que solicita la revisión por descuido, omisión o negligencia no presentó las pruebas, la revisión de la sentencia debería ser improcedente⁶⁰⁹.

Asimismo, el hecho desconocido después de la sentencia tiene que tener tal importancia que, de haberse conocido, habría influido en el resultado del proceso. Hay pruebas que son decisivas

⁶⁰⁹ En este sentido ANDUEZA, *ob. cit.*, p. 120.

para obtener una sentencia favorable, como son los documentos fundamentales de la acción. Si el documento fundamental es falso, la sentencia será desfavorable. En cambio, cuando existe tal cúmulo de pruebas que demuestran el hecho, la falsedad de una de ellas no puede cambiar el sentido de la sentencia.

La demanda de revisión deberá presentarse dentro de los noventa días siguientes al día en que se descubra el hecho y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia. Hay quien dice que este término de un año es muy corto en los casos de los juicios por falsedad de documento, falso testimonio o falso peritaje que suelen ser muy largos, rigor aquél que se podría atenuar admitiendo el Tribunal la demanda con la constancia de que está en curso una acción penal y suspendiere el proceso hasta que el juez se pronuncie sobre la falsedad⁶¹⁰. Sin embargo el Tratado en su última modificación no fue reformado este lapso de un año sino sólo el de los originales dos meses para intentar la demanda de revisión que ahora es de noventa días contados desde el día en que se descubra el hecho.

La revisión es, pues, una acción, no un recurso, ya que su fundamento es la existencia de un hecho nuevo, diferente del que fue materia de discusión del proceso y el hecho nuevo debe ser tramitado en forma similar al anterior, inclusive con un término probatorio propio y con la intervención de la otra parte con lo cual se convierte en una verdadera contienda judicial⁶¹¹.

2.4.4. Los particulares en la acción de incumplimiento

Hasta ahora nos hemos venido ocupando de la acción de incumplimiento vista como una posibilidad de control del derecho comunitario por parte del órgano comunitario ejecutivo -la Secretaría General- y del Tribunal de Justicia, que se activa directamente por la misma Secretaría General o por los países miembros, de acuerdo con los artículos 23 y 24 TTA.

Ahora bien, la acción de incumplimiento andina no se agota en las anteriores posibilidades sino que también es posible que las infracciones del ordenamiento jurídico comunitario por parte de los Estados miembros puedan dar lugar a un procedimiento activado por personas naturales y jurídicas, en el que éstos no actúan como meros denunciadores sin derechos procedimentales sino como parte procesal activa. Es decir, los particulares no sólo tienen la posibilidad de mirar pasivamente lo que pasa en un procedimiento de incumplimiento de un país miembro, abierto quizás por su denuncia, sino que pueden ser parte interesada de que tales incumplimientos se sancionen y

⁶¹⁰ Es este el criterio de ANDUEZA, *ob. cit.*, p. 120.

⁶¹¹ HURTADO LARREA, *ob. cit.*, p. 78.

obtener consecuencias individuales de tales procesos para el restablecimiento de sus situaciones jurídicas.

En efecto, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un Estado miembro no solamente pueden denunciar el mismo ante la Secretaría General, para que ésta discrecionalmente decida qué hacer tomando en cuenta los intereses comunitarios. También pueden acudir a la Secretaría General como reclamantes y participar activamente en tal procedimiento. Luego, si el resultado ante la Secretaría General no le satisface, pueden acudir directamente ante el Tribunal de Justicia (art. 25 TTA), tal como lo podría hacer un Estado miembro afectado por el incumplimiento de otro Estado miembro de acuerdo con el artículo 24 TTA.

Ciertamente, como lo establece el artículo 24 TTA para los países miembros, el particular puede elevar el caso a la Secretaría General directamente, con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento en un plazo no mayor de sesenta días, dependiendo de la gravedad del caso. Ya dijimos que en este plazo deberá dársele al país miembro requerido la oportunidad de defenderse, lo que implicará que deba haber una audiencia para que éste manifieste sus puntos de vista, independientemente de las gestiones que pueda hacer la Secretaría General para solucionar el asunto.

Ahora bien, si se vence el plazo aludido sin obtenerse resultados positivos, la Secretaría General, dentro de los quince días siguientes, deberá emitir un dictamen sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias, el cual deberá ser motivado. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el país miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal, pero si no intentare esta acción dentro de los sesenta días siguientes a la emisión del dictamen, el particular podrá acudir directamente al Tribunal. Igualmente, si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el particular reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Así las cosas, se trata de que en el caso de las personas naturales o jurídicas que quieran reclamar por el incumplimiento de un país miembro, deberán sujetarse al procedimiento, tanto administrativo como judicial, que deben cumplir los Estados miembros que están en la misma situación. Por lo tanto, son aplicables a los particulares las mismas consideraciones que hemos hecho sobre este procedimiento cuando analizamos el artículo 24 TTA. Lo que es importante destacar en el caso de los particulares, igual que sucede respecto a los países miembros actuando como reclamantes, es que aquéllos deberán acreditar una cualidad especial, ya sea porque le afecte algún derecho subjetivo o un interés legítimo por la violación en que haya incurrido el Estado

miembro, para lo cual remitimos a lo que hemos comentado sobre este aspecto cuando analizamos la intervención de los particulares en la acción de nulidad.

Ahora bien, respecto a la intervención de las personas naturales o jurídicas en la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia no podemos hacer ninguna aplicación de criterios comunitarios europeos ya que esta posibilidad no existe en esa Comunidad, donde los particulares sólo pueden acudir a los tribunales nacionales en caso de incumplimiento de un país miembro, tal como también se puede hacer en la Comunidad Andina en los términos del artículo 31 TTA, lo que en ésta es una posibilidad adicional a la vía permitida por el artículo 25 TTA, si bien ambas son excluyentes por mandato de este último artículo⁶¹².

Debe destacarse a este respecto que la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia y la vía judicial que se puede intentar por incumplimiento comunitario ante un tribunal nacional son distintas porque si se comparan los elementos constitutivos de cada acción veremos que, si bien los sujetos activo y pasivo de la relación procesal y la *causa petendi* son los mismos -el particular, el Estado miembro y el incumplimiento respectivamente-, en cuanto al *petitum* las acciones difieren porque, según los derechos nacionales, la acción por incumplimiento puede tener por finalidad la declaración de nulidad de un acto contrario al ordenamiento jurídico comunitario, la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento o provocar la actividad jurisdiccional para que obligue a los órganos administrativos a dictar una providencia conforme al derecho comunitario. En

⁶¹²En efecto, como hemos visto, dispone el artículo 31 TTA que las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir a los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 TTA, en los casos en que sus derechos resulten afectados por este incumplimiento.

De acuerdo con el artículo 4 TTA, los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Se trata esta vía del artículo 31 TTA de una competencia que tienen los tribunales nacionales de declarar el incumplimiento, no derivada del derecho interno sino del derecho comunitario, como consecuencia de la aplicación de los principios de efecto directo de las normas comunitarias y de la primacía del derecho comunitario frente al derecho interno en caso de conflicto, los que permiten que el juez nacional pueda conocer de recursos, cuyos detalles procesales los da el derecho nacional, en los que determinará si se infringe el derecho comunitario en los actos o conductas nacionales sometidos a su control.

Algunos autores, refiriéndose a la vía del artículo 31 TTA, dicen que se trata de un asunto de derecho interno y no supranacional porque, si bien se origina en el derecho comunitario, en la falta de cumplimiento de este derecho, son los jueces nacionales los que, en aplicación de las normas internas de cada país, deben conocer y resolver la reclamación a que se refiere el artículo 31 TTA, y condenar al pago de indemnizaciones (HURTADO LARREA, *ob. cit.*, p. 79).

Lo que no toman en cuenta estos autores es que, si bien se trata de un proceso que se lleva en tribunales nacionales, en éstos los jueces actúan como jueces comunitarios porque ambos, tribunal comunitario propiamente dicho (Tribunal de Justicia) y tribunales nacionales, conforman un sistema jurisdiccional comunitario, aunque para determinar los aspectos procesales en este caso se considere al derecho interno, lo que no cambia la anterior afirmación.

cambio, de acuerdo con el artículo 25 TTA en concordancia con el artículo 24 TTA, la acción tiene por objeto determinar mediante sentencia judicial que un país miembro ha incumplido el ordenamiento jurídico y que debe cesar en ese incumplimiento⁶¹³.

En el ámbito comunitario andino se ha presentado la duda de si el juez nacional puede él mismo declarar el incumplimiento a nivel nacional y condenar al pago de las indemnizaciones, o debe esperar que el Tribunal de Justicia lo haga previamente para que se haga expedita esta acción nacional, por ser el llamado, de acuerdo con el Tratado, a hacer tal declaración y ser el que controla la aplicación del derecho comunitario. A propósito de esta discusión doctrinal, Andueza expresa que estas dos acciones, aún cuando tengan al mismo nombre, no se las debe confundir ya que algunos elementos constitutivos son diferentes y se interponen ante tribunales distintos. No debe considerarse que existe prejudicialidad de una acción sobre la otra, ni existe peligro de que se dicten sentencias contradictorias. Indudablemente que el juez nacional que conozca de una acción de incumplimiento de las previstas en el derecho interno tendrá que hacer al Tribunal de Justicia la consulta de interpretación prejudicial porque el proceso versa sobre la aplicabilidad de una norma de derecho comunitario. Pero, excepción hecha de la interpretación prejudicial, el juez nacional tiene competencia plena para declarar el incumplimiento sin tener que esperar que el Tribunal de Justicia haga esa declaración. La declaratoria del juez nacional sólo tiene efectos dentro del territorio del país miembro, mientras que la sentencia del Tribunal andino tiene aplicación subregional. La competencia de los tribunales nacionales para declarar el incumplimiento de un país miembro deriva del mismo Tratado y del derecho interno a la vez: en lo sustantivo del derecho comunitario pero en lo procesal del derecho nacional⁶¹⁴.

En similar sentido se manifiesta Galo Pico Mantilla, ex-Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para quien, si bien la norma del Tratado que autoriza la intervención de los particulares en la denominada acción de incumplimiento ante los jueces nacionales inicialmente puede parecer confusa por la remisión que ella hace a los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, "en la práctica no debe resultar incomprensible si convenimos que esta referencia que hace el artículo 27 del Tratado del Tribunal [ahora artículo 31 TTA] al derecho interno de los países del Acuerdo, se refiere a las modalidades procesales, a los requisitos y formalidades para demandar, por ejemplo, la nulidad o ilegalidad de cierta norma". En otros términos, continúa Pico Mantilla, "a la jurisdicción y competencia de los jueces nacionales según lo dispuesto por la legislación interna de sus respectivos países"⁶¹⁵.

⁶¹³ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 122.

⁶¹⁴ ANDUEZA, *El Tribunal del...*, pp. 122-123.

⁶¹⁵ PICO MANTILLA, *El acceso de los particulares...*, pp. 14-15.

Sin embargo, hay quienes piensan que por lo confuso de la norma (artículo 31 TTA), sólo al Tribunal de Justicia le compete declarar los incumplimientos porque así lo dice expresamente el Tratado. Una vez obtenida esa declaratoria, es que los particulares podrían acudir ante el juez nacional para solicitar las indemnizaciones respectivas y si han acudido antes, debe el juez nacional esperar la decisión del Tribunal de Justicia y por lo tanto suspender el proceso hasta que la sentencia comunitaria sea dictada. Además, para estos autores, puede ocurrir que un juez nacional declare el incumplimiento en una sentencia, avalando, por lo tanto, un derecho a las indemnizaciones solicitadas y luego el Tribunal de Justicia, que es supranacional, en conocimiento del mismo asunto mediante acción intentada por la Secretaría General, un Estado miembro o por particulares, declare también en sentencia que no existe el incumplimiento. O viceversa, que el Tribunal de Justicia sentencie el incumplimiento y luego el juez nacional diga lo contrario en el mismo caso y deseche la demanda de resarcimiento del particular⁶¹⁶.

También sostienen los defensores de esta última tesis que, si bien podría decirse que las posibilidades de contradicción entre las sentencias comunitaria y nacional se reduce o desaparece con la necesidad de hacer la interpretación prejudicial, lo que en la Comunidad Andina es más favorable porque es obligatoria en más casos que en las Comunidades Europeas, sin embargo no hay que olvidar que en la interpretación que haga el Tribunal de Justicia, éste se deberá limitar sólo a precisar el contenido y alcance de las normas y no puede interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, tal como lo establece el artículo 34 TTA.

Por otra parte, el Tratado del Tribunal, dicen los que piensan que el juez nacional no puede declarar el incumplimiento, ordena que se debe cumplir una fase administrativa en la Secretaría General antes de que el incumplimiento llegue al Tribunal de Justicia, trámite administrativo éste que en los procesos nacionales no está previsto, "lo cual trastocaría el sistema jurídico establecido en el Tratado constitutivo del Tribunal"⁶¹⁷.

En nuestro criterio, no deben confundirse ambas acciones. En primer lugar, la acción ante el juez nacional no se trata propiamente de una acción de incumplimiento como lo es la comunitaria ante el Tribunal de Justicia porque el juez nacional no declarará en forma general un incumplimiento, sino que este juez, basado en las competencias que le da el derecho nacional, lo que dirá en su sentencia es si un acto adoptado por autoridades nacionales es nulo o no, entre otras posibilidades,

⁶¹⁶ HURTADO LARREA, *ob. cit.*, p. 80.

⁶¹⁷ Esta tesis parece ser defendida por el autor ecuatoriano Eduardo Hurtado Larrea, de quien se han obtenido los puntos de vista de la misma, aunque el mismo autor no dice expresamente que sea su posición porque, en sus propias palabras, "no voy a pronunciarme por ninguna de las tesis, por cuanto mi condición de magistrado del Tribunal me impide anticipar criterio sobre un caso concreto que necesariamente se habrá de presentar y que será materia de resolución del Tribunal", pero la redacción hace ver que la comparte (HURTADO LARREA, *ob. cit.*, pp. 79-80).

porque está en contra del derecho comunitario, y declarará las indemnizaciones a que haya lugar a favor del particular que lo haya solicitado si lo considera procedente.

Como dice el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por la vía de la acción de incumplimiento de la que gozan los particulares, en armonía con la acción de interpretación prejudicial contemplada en el artículo 32 y siguientes TTA, se garantiza la salvaguarda de los derechos individuales mediante la cooperación entre el juez nacional y el comunitario. Se permite que éste desentrañe, con la autoridad que le otorga el Tratado, el alcance de las normas del ordenamiento susceptibles de aplicarse, por constituir fundamentos de derecho de la demanda en el proceso judicial interno o porque el juez nacional, de oficio, solicita su interpretación⁶¹⁸.

Las anteriores características de la acción nacional por incumplimiento son distintas a la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, en la que éste lo que hará será declarar el incumplimiento de un Estado miembro por la adopción de un acto o por una conducta omisiva contra el derecho comunitario, pero no procederá a anularlo o a ordenarlo que se haga sino que únicamente declarará el incumplimiento para que el Estado miembro adopte las medidas tendientes a subsanar el mismo, pero no puede este Tribunal cambiar el ordenamiento jurídico interno ni adoptar indemnizaciones. Es decir, ambas acciones tienen dos finalidades distintas.

Asimismo, son también diferentes las consecuencias de ambos incumplimientos ya que como destaca el Tribunal andino la acción comunitaria de incumplimiento lleva a la eliminación de las ventajas del Acuerdo de Cartagena al país reuente, en tanto que la acción nacional de incumplimiento del artículo 31 TTA busca el restablecimiento del derecho infringido mediante el cumplimiento de las obligaciones vulneradas, como lo establece el artículo 80 ETJA⁶¹⁹.

Igualmente, no es posible que haya sentencias contradictorias porque, además de que ambas acciones tienen finalidades y consecuencias distintas y los jueces dictan decisiones con un contenido diferente, en la mayoría de los casos el juez nacional debe hacer la consulta prejudicial, la cual, si bien es cierto que en principio el Tribunal de Justicia no debe interpretar el derecho nacional ni conocer los hechos objeto del proceso, sin embargo de alguna forma conoce de tales hechos y del derecho nacional para no hacer una interpretación en abstracto, tal como lo permite el artículo 34 TTA⁶²⁰.

⁶¹⁸ Sentencia TJCA de 25 de febrero de 1994, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de 25 de marzo de 1994 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 100).

⁶¹⁹ Sentencia TJCA de 25 de febrero de 1994, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de 25 de marzo de 1994 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 102).

⁶²⁰ Dice el artículo 34 TTA: "En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar

Es importante destacar aquí los principios que sobre la interpretación prejudicial ha establecido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando ha dicho que el ejercicio de esta función "reviste la forma de una cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, representado por el Tribunal, interpreta el forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno. La interacción de las dos competencias debe entenderse que se ejerce dentro de un marco de cooperación en el que no se establece estructura jerárquica alguna entre el juez nacional y el comunitario sino que es el resultado de una distribución de competencias que permite interpretar y paulatinamente crear un cuerpo de doctrina aplicable en el ámbito nacional por los jueces de cada país. El juez nacional en cada caso específico se convierte en ejecutor del derecho comunitario"⁶²¹.

El que haya una fase administrativa en la acción de incumplimiento que se intenta ante el Tribunal de Justicia y que no exista en la acción nacional, ello no debe ser motivo para considerar que mientras la sentencia comunitaria no se produzca, el juez nacional no puede decidir el caso nacional, porque, insistimos, ambas acciones tienen finalidades diferentes en las que, en una es necesario el cumplimiento de la fase administrativa porque en ella los intereses comunitarios tienen primacía y el órgano comunitario tienen discreción para resolver este incumplimiento antes de que llegue al órgano judicial, tomando en consideración tales intereses comunitarios. En cambio, en la acción nacional, como su fin primordial no es declarar un incumplimiento en general de un Estado miembro sino declarar la nulidad de un acto nacional, entre varias posibilidades que le puede dar el derecho interno, basado en el cumplimiento del derecho comunitario, y establecer las indemnizaciones a que haya lugar a favor del particular que haya demandado, tomando en cuenta siempre los intereses individuales de éste y no estrictamente los comunitarios, una fase administrativa no tiene sentido y su ausencia no trastoca el sistema comunitario.

Por otro lado, si la idea es que el Tribunal de Justicia se pronuncie primero que el juez nacional porque supuestamente es el único competente para declarar los incumplimientos, no hay norma interna o comunitaria alguna que obligue a éste a suspender el procedimiento hasta tanto haya sentencia del Tribunal de Justicia sobre el incumplimiento. Estamos de acuerdo con Andueza cuando dice que aceptar la tesis de la suspensión del procedimiento nacional a la espera de que el Tribunal de Justicia determine el incumplimiento "significaría borrar de un plumazo todo el contencioso-administrativo de los países miembros porque esta jurisdicción no se podría pronunciar sobre las demandas de los particulares cuando ellas tengan que ver con el incumplimiento de alguna

los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada" (negrillas nuestras).

⁶²¹ Sentencia TJCA de 25 de febrero de 1994, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de 25 de marzo de 1994 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 101).

norma del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena⁶²². Por esto, el Tratado andino establece que son dos vías diferenciadas, una excluyente de la otra, por lo menos en forma simultánea⁶²³.

Quizás el punto central del asunto sea que algunos autores consideran a los tribunales nacionales y a los tribunales comunitarios como si estuvieren en dos compartimientos estancos, cuando no es así. Y tan no es así que aunque no existiera una disposición como la del artículo 31 TTA, como sucede en las Comunidades Europeas igualmente sería procedente que los particulares pudieran acudir a los tribunales nacionales para que restablecieran las situaciones jurídicas infringidas por normas nacionales que estén en contra del derecho comunitario. Ello porque, al estar ambos tipos de tribunales conformando un mismo sistema jurisdiccional, debe haber la necesaria cooperación entre ambos por el sólo hecho de la posición que ocupa el derecho comunitario en los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Los tribunales nacionales y el comunitario propiamente dicho son llamados a una misma cooperación en el ejercicio del poder jurisdiccional, cuya autoridad es indispensable para consagrar en los hechos el orden comunitario que traza el derecho nacido en los tratados constitutivos y el derecho derivado. Al ser creado el Tribunal de Justicia comunitario, no existió el propósito de desposeer a las jurisdicciones nacionales de sus competencias normales sino más bien lo contrario, encargar al juez nacional de aplicar el derecho comunitario, dejando para el tribunal comunitario las competencias de atribución que ya no están en manos de la jurisdicción nacional, tales como la verificación de las infracciones del derecho comunitario cometidas por los Estados miembros y la anulación de los actos irregularmente adoptados por las instituciones comunitarias⁶²⁴.

Y esta es la idea del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando dice que "la acción de incumplimiento también puede ser interpuesta por los particulares en los procesos judiciales internos en los que los jueces nacionales tienen competencia para definir los incumplimientos de un país que puedan afectar los derechos de los individuos". Luego agrega el mismo Tribunal: "[l]a acción tiene por objeto ofrecer al ciudadano garantía procesal para asegurarle la aplicación, por los Países Miembros, de las obligaciones que impone el Tratado"⁶²⁵.

⁶²² ANDUEZA, *El Tribunal del...*, p. 123.

³⁸² Artículo 25 TTA: "Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, **excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa.**" (negritas nuestras)

⁶²⁴ ZELADA CASTEDO, *ob. cit.*, p. 159.

⁶²⁵ Sentencia TJCA de 30 de octubre de 1996, proceso 1-AI-96, GOAC N° 234 de 21 de noviembre de 1996, p. 2.32 (consultada en original).

En pocas palabras podemos decir para cerrar este punto que, salvo las competencias propias del Tribunal de Justicia comunitario, los tribunales nacionales siguen manteniendo sus competencias nacionales de control del derecho, pero en este derecho debe entenderse incorporado el derecho comunitario, por lo cual cuando los jueces nacionales conozcan, por ejemplo, de la nulidad de un acto administrativo interno, ellos deberán tomar en cuenta para determinar esa nulidad su concordancia tanto con el derecho nacional como con el derecho comunitario, al ser éste de aplicación y efecto directo en el ámbito nacional y con primacía frente al derecho interno que esté en conflicto.

Si bien es cierto que el juez nacional tiene competencia plena para resolver el litigio sometido a su decisión y determinar si el acto o la omisión de que se trata ha infringido el derecho comunitario, también lo es que está obligado, si es un juez de última instancia, a hacer la correspondiente consulta prejudicial, con lo cual se evita en gran medida el riesgo de decisiones contradictorias. Sin embargo, mediante la interpretación prejudicial andina el Tribunal de Justicia no puede anular o revocar norma nacional alguna contraria al derecho andino. Ni siquiera puede interpretar el alcance y contenido del derecho nacional. Pero para lo que sí está facultado el Tribunal de Justicia en la interpretación prejudicial es a declarar que un acto nacional es competencia comunitaria de la Comunidad Andina y, por consiguiente, puede exigir que toda norma o disposición que se origine en el derecho interno con esa finalidad resulta inaplicable o queda desplazada, teniendo en cuenta que al juez nacional le corresponde adoptar la interpretación del Tribunal de Justicia, aplicando el derecho andino de manera preferente.

Como ha sostenido el Tribunal de Justicia andino, no se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el derecho interno, sino que se trata del efecto directo de la norma comunitaria en forma inmediata y de la primacía que en todo caso debe dársele al derecho comunitario frente al derecho nacional en caso de conflicto, o lo que es lo mismo, cuando éste no complementa a aquél⁶²⁶.

Ahora bien, en la sentencia de incumplimiento, si bien la parte motivada podría tener los mismos fundamentos, la parte resolutive declararía el incumplimiento y dispondría que el país demandado ejecute la sentencia dentro del plazo establecido, por lo cual las autoridades nacionales deberían abstenerse de exigir el cumplimiento del acto que haya dado lugar al incumplimiento y no solamente desaplicarlo sino eliminarlo del ordenamiento jurídico nacional. Así, la sentencia no podría ser desatendida por el país incumplidor porque debe restablecer la normalidad en la ejecución del derecho comunitario.

⁶²⁶ Sentencia TJCA, proceso 2-IP-88, GOAC N° 33 de 26 de julio de 1988.

Las anteriores diferencias entre la acción comunitaria y la acción nacional, ambas en materia de incumplimiento, llevan a considerar que el ámbito geográfico de la responsabilidad estatal por violación del artículo 4 TTA difiere de una acción a otra, como lo ha destaca el Tribunal de Justicia andino, "por lo que ha de aclararse que en el caso de una acción particular interna de incumplimiento, la responsabilidad se circunscribe exclusivamente al ámbito nacional, debiéndose reparar en su caso el derecho individual"⁶²⁷. Pero es que el Tribunal de Justicia no puede dentro de la acción de incumplimiento comunitaria determinar responsabilidad del Estado sino sólo el incumplimiento en sí mismo, lo cual sólo puede corresponderle al juez nacional cuando conozca de la acción del particular.

En cualquier caso, ni los jueces nacionales deben ver limitadas sus facultades jurisdiccionales por la existencia del Tribunal de Justicia comunitario porque sus competencias y finalidades son distintas, ni el Tribunal de Justicia debe verse limitado por los tribunales nacionales en el ejercicio de sus competencias comunitarias, ya que entre ellos lo que debe haber es cooperación judicial por formar parte de un mismo sistema jurisdiccional que debe funcionar interrelacionado en todas sus partes como un engranaje para la correcta ejecución del derecho comunitario.

Ahora bien, el artículo 25 TTA establece que la acción de incumplimiento intentada por una persona natural o jurídica excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31 TTA por la misma causa. Es decir, en el caso de que un particular sea afectado en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por el incumplimiento de un país miembro, deberá escoger entre acudir a la Secretaría General, para luego acudir al Tribunal de Justicia si es procedente, en los términos del artículo 24 TTA, o intentar una acción en los tribunales nacionales de acuerdo con las vías procesales que le dé el derecho interno.

Así las cosas, el particular en la Comunidad Andina tiene dos vías diferentes para intentar una acción de incumplimiento: la que le permite el artículo 25 TTA en concordancia con el artículo 24 TTA, que es la acción de incumplimiento comunitaria propiamente dicha, tal como lo podría hacer un Estado miembro en esa situación de afectación de sus derechos por un incumplimiento de otro país miembro; y la acción judicial ante un juez nacional donde el particular puede solicitar el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

En todo caso, si en el derecho nacional no hay una vía apropiada para restablecer la situación jurídica infringida, ese Estado estaría incumpliendo igualmente el derecho comunitario, motivo por el cual al particular lo que le queda es acudir a la Secretaría General y reclamar por la

⁶²⁷ Sentencia TJCA de 25 de febrero de 1994, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de 25 de marzo de 1994 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 103).

original decisión u omisión que ha afectado sus derechos y también debería denunciar, si es el caso, la falta en el derecho nacional de recursos procesales para subsanar el incumplimiento del derecho comunitario por parte de ese Estado en el ámbito nacional.

Como puede verse, no constituye una novedad respecto al sistema jurisdiccional de la Comunidad Europea la vía permitida del artículo 31 TTA ya que en Europa igualmente ello puede hacerse, aunque el Tratado de la Comunidad Europea no establezca en forma expresa esa posibilidad como lo hace el Tratado andino. Pero es que ello es innecesario si tomamos en cuenta que en la Comunidad Europea, como en la Andina, está estructurado un sistema jurisdiccional en el que están presentes los principios de eficacia directa de las normas comunitarias y de primacía del derecho comunitario frente al derecho interno en caso de conflicto, que permiten la aplicación de las normas emanadas de los órganos supranacionales en cada Estado miembro sin necesidad de ningún acto nacional transformatorio.

Y también ello es posible en Europa porque el sistema jurisdiccional comunitario no solamente está integrado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y el Tribunal de Primera Instancia, sino también por los tribunales nacionales, es decir, no están los jueces comunitarios y los nacionales en dos compartimientos estancos como hemos dicho sino que todos conforman un mismo sistema jurisdiccional en el que sus partes están interrelacionadas para favorecer la uniformidad en la interpretación del derecho comunitario. Los jueces nacionales deben consultar al Tribunal de Justicia la validez y la interpretación de las normas comunitarias, consulta ésta que será obligatoria o no a través de la cuestión prejudicial, dependiendo de si es un juez de última instancia o si hay ulteriores recursos a su sentencia.

Así las cosas, aunque en la Comunidad Andina no existiese el artículo 25 TTA, también los particulares hubieran tenido la posibilidad de acudir a un tribunal nacional para solicitar el restablecimiento de su situación jurídica infringida por un incumplimiento comunitario de un país miembro, utilizando para ello las vías procesales que le otorgue el derecho interno, con la única diferencia de que al derecho que siempre ha conocido el juez nacional, ahora debe agregarse el derecho comunitario.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en la Comunidad Europea, en la que los jueces nacionales no siempre están obligados a agotar la cuestión prejudicial para resolver un litigio interno en el que estén involucradas normas comunitarias porque hay mayor discrecionalidad para ello si aplica la doctrina del acto claro y del acto aclarado⁶²⁸, en la Comunidad Andina el juez nacional esta

⁶²⁸ Al respecto puede verse el excelente estudio de RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, *El Juez nacional como Juez Comunitario*, Fundación Universidad Empresa-Editorial Cívitas, Colección Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1993, pp. 83 y ss., quien destaca que, sabida la distinción que establece el artículo 177 TCE, a cuyo tenor el planteamiento de la cuestión prejudicial es

posibilidad es más restringida cuando conoce de un litigio en el que estén involucradas normas comunitarias.

En efecto, según el Tribunal de Justicia en abundante jurisprudencia, "la sentencia interpretativa es obligatoria para el juez nacional, quien no puede apartarse de los criterios que señale este Tribunal comunitario en cuanto a lo que debe ser el correcto entendimiento de las normas del derecho de la integración". Además, continúa el Tribunal, "debe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan solo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos"⁶²⁹.

La situación hay que matizarla cuando se trata de que el particular quiere solicitar una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de un país miembro, es decir, no sólo determinar este sino la responsabilidad del Estado. Ello porque una cosa es el incumplimiento y otra es la responsabilidad del Estado, no sólo desde el punto de vista procesal sino también desde la óptica del derecho sustantivo. Alonso García dice que "la infracción sin más del Derecho Comunitario sea susceptible de desembocar en una sentencia declarativa del incumplimiento -e incluso, llegado el caso, de condena o, en el puro contexto interno, en anulaciones por los órganos jurisdiccionales nacionales de la actividad de las autoridades públicas, contrarias al Derecho Comunitario, no implica que la infracción en cuestión pueda desembocar, de manera automática, en la responsabilidad del Estado infractor"⁶³⁰.

facultativo para todos los órganos jurisdiccionales en general y es obligatorio para los que deciden en última instancia, el alcance de esta obligación ha provocado problemas delicados ante la resistencia de algunos tribunales nacionales a someterse a los criterios interpretativos del Tribunal de Justicia, aduciendo la doctrina del acto claro, conforme a la cual es necesario que concurra una dificultad real, que por su naturaleza pueda hacer surgir una duda en un espíritu ilustrado, para que el órgano nacional que decide en última instancia se pueda considerar obligado a suscitar la pregunta prejudicial. También Alonso García (ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 336 y ss.), tiene un interesante desarrollo de este tema.

⁶²⁹ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-87, GOAC N° 28 de 15 de febrero de 1988 (véase PICO MANTILLA, *Jurisprudencia...*, p. 90).

⁶³⁰ ALONSO GARCIA, Ricardo, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Fundación Universidad Empresa-Editorial Cívitas, Colección Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1997, pp. 71-72.

En el caso de la determinación de la responsabilidad del Estado, siempre deberá ser un juez nacional el que la establezca con sus consecuencias, aunque el juez comunitario sea el que haya establecido el incumplimiento. La gran novedad que hay que destacar aquí es que, de conformidad con el artículo 30 TTA, si el particular ha intentado la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de acuerdo con el artículo 25 TTA, la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal "constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere".

En esta posibilidad se observa claramente la cooperación existente entre los jueces nacionales y el tribunal comunitario como parte que son de un mismo sistema jurisdiccional -el comunitario-, porque una vez determinado el incumplimiento por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, lo que tiene unos fines concretos que buscan beneficiar más los intereses comunitarios que los particulares, los derechos individuales afectados por el incumplimiento sólo podrán ser restablecidos por el juez nacional a través de la respectiva indemnización.

Ahora bien, el juez nacional no podrá determinar en el mismo caso si hay o no incumplimiento, lo cual ya se supone que ha hecho el Tribunal de Justicia y ello no debe discutirse por mandato del propio Tratado, sino que el juez nacional únicamente podrá determinar, si el particular así lo pide, si es procedente o no una indemnización por daños y perjuicios y en qué términos si ello es declarado con lugar. Para esto, el particular deberá demostrar que el incumplimiento le ha causado un daño y en general todos los requisitos que es necesario en este tipo de acciones indemnizatorias como la relación de causalidad.

Esto último lo ha dejado sentado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando ha dicho que, así como en el orden interno la responsabilidad del Estado se deriva de su régimen constitucional, en el orden comunitario dicha responsabilidad se sustenta además en el compromiso que adquiere cada Estado en virtud del artículo 4 TTA. Así, según el Tribunal, la obligación de cumplimiento "se debe tanto a los Estados partes como a los ciudadanos y a las personas jurídicas de dichos Estados, puesto que el ordenamiento jurídico comunitario se incorpora también al derecho interno". Desde este punto de vista, del artículo 4 TTA, en criterio del Tribunal "se desprende la responsabilidad estatal frente al individuo por actos de administración que deriven en incumplimiento de la norma comunitaria". Seguidamente, el Tribunal hace la expresión de lo que viene al caso en lo que estamos comentando: "Pero no basta la falta de la administración, sino que para el caso individual se requiere probar el daño ocasionado contra el sujeto de derecho o contra el bien jurídico protegido, pues el artículo 27 [hoy artículo 31 TTA] exige para la legitimación activa de esta acción, la condición de resultar afectados los derechos del administrado"⁶³¹.

⁶³¹ Sentencia TJCA de 25 de febrero de 1994, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de 25 de marzo de 1994 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, pp. 103-104).

Continúa el Tribunal diciendo que "no se puede predicar omisión generadora de responsabilidad cuando el funcionario competente requiere de solicitud de parte para actuar en ejercicio de sus funciones, y en todo caso mientras ellas no se hayan complementado en tiempo razonable". Según el Tribunal, "no le es dable al Juez comunitario medir estas circunstancias sino que corresponde al Juez nacional establecer dentro de la normativa interna si se dan las causales de incumplimiento generadoras de responsabilidad del Estado ante el individuo". Finaliza el Tribunal diciendo que, además, "será necesario que la actuación de la administración o la ausencia de ella, sea causa eficiente del daño ocasionado. Así lo determina el mismo artículo 27 [hoy artículo 31 TTA] al exigir que la afectación del derecho sea consecuencia del incumplimiento alegado"⁶³².

Así las cosas, no puede el juez comunitario determinar la responsabilidad del Estado, aunque haya sentenciado el incumplimiento, ni puede el juez nacional determinar si hay incumplimiento si ya el juez comunitario así lo ha establecido, lo cual es diferente a lo que existe en la Comunidad Europea donde el juez nacional, aunque también forma parte de un mismo sistema jurisdiccional comunitario, siempre será, en los casos de acciones de particulares, el que determine, auxiliado en su caso vía prejudicial por el Tribunal de Justicia, tanto el incumplimiento de un Estado miembro como la indemnización que sea procedente, si un particular así lo pide, ya que las personas naturales o jurídicas no pueden acudir directamente al Tribunal de Justicia para intentar acciones de incumplimiento.

Lamentablemente, salvo en lo que hemos expresado, no se ha desarrollado en la Comunidad Andina una doctrina sobre la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario. Sin embargo, pudiera ser aplicable, haciendo la salvedad que en la Comunidad Andina no existe la figura de las Directivas, la jurisprudencia comunitaria europea según la cual, resumida por Alonso García, "para que la responsabilidad sea exigible, es necesario que, además, la infracción del derecho comunitario se refiera a derechos conferidos y definidos por el propio ordenamiento comunitario, que se traduzca en una violación suficientemente garantizada, y que exista un nexo causal entre la infracción y el perjuicio sufrido por el particular"⁶³³.

⁶³² Sentencia TJCA de 25 de febrero de 1994, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de 25 de marzo de 1994 (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, pp. 103-104).

⁶³³ Quizás uno de los estudios más completos, valiosos y sencillos que se han publicado últimamente en España sobre este tema es este de donde hemos obtenido esta cita: ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros...*, p. 72. En esta excelente obra, Alonso García hace un estudio evolutivo jurisprudencial de las condiciones para establecer la responsabilidad del Estado miembro por infracción del derecho comunitario, a través del análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los casos Francovich ("el amanecer"), Brasserie ("la claridad sin llegar a la del mediodía"), British Telecommunications ("un nebuloso atardecer"), Lomas ("una noche tenebrosa"), Dillenkofer ("un nuevo amanecer") y Denkavit ("el mañana convertido en hoy"), de las que se pueden obtener como condiciones para determinar la responsabilidad del Estado las que hemos resumido en la cita que da lugar a la presente nota.

Es importante destacar dentro de la jurisprudencia comunitaria europea, que se trata de un régimen comunitario de responsabilidad, no excluyente de los regímenes nacionales de responsabilidad, que también son aplicables al mismo contexto de infracción por los Estados miembros del derecho comunitario, si más favorables dichos regímenes son para el ciudadano. El régimen comunitario de responsabilidad lo que asegura entre los Estados miembros es homogeneidad y un estándar mínimo, pero de ninguna manera ello debe significar que excluye a un régimen nacional más favorable para el particular⁶³⁴.

Ahora bien, en relación con las condiciones procesales para el ejercicio de la acción de responsabilidad, el Tribunal de Justicia ha remitido a las exigidas por los derechos nacionales siempre y cuando los requisitos fijados por las legislaciones internas aplicables no sean menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna "y que no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la reparación"⁶³⁵.

En definitiva, puede señalarse a modo de conclusión que la intervención de los particulares en la acción de incumplimiento andina varía sustancialmente a la existente en la Comunidad Europea ya que en ésta no es posible que las personas naturales o jurídicas puedan hacer lo que el Tratado andino llama reclamos, en los que los particulares se convierten en partes interesadas con derechos propios en el proceso de incumplimiento comunitario, distintos a los que pueda tener la Secretaría General. En la Comunidad Europea lo único que pueden hacer los particulares frente a un incumplimiento de un Estado miembro es denunciarlo ante la Comisión, pero una vez que este órgano comunitario recibe la denuncia, tiene plena discrecionalidad para abrir el procedimiento, en cuya decisión el particular no tiene ninguna injerencia. No puede el particular obligar a la Comisión, ni siquiera jurisdiccionalmente, a abrir el procedimiento administrativo y si la Comisión decide abrirlo pero luego no intenta la acción de incumplimiento ante el Tribunal por considerar que no hay incumplimiento, el particular no tiene posibilidad alguna de obligar a la Comisión a hacer lo contrario.

En la Comunidad Europea, el particular sólo tiene a los tribunales nacionales para intentar una acción judicial en la que puede pedir, de acuerdo con los recursos que establezca el derecho interno, que se restablezca su situación jurídica afectada por el incumplimiento, lo que podrá ser, entre otras solicitudes, la nulidad de un acto o una norma o que se emita la orden judicial para que un órgano administrativo dicte el acto al que estaba obligado por el derecho comunitario. Claro está,

⁶³⁴ ALONSO GARCIA, *La responsabilidad de los Estados miembros...*, pp. 102-103.

⁶³⁵ ALONSO GARCIA, *La responsabilidad de los Estados miembros...*, p. 104.

todo esto dependerá de los recursos que establezca el derecho interno y también podrá solicitar, si aquella solicitud es declarada con lugar, que se le indemnice por los daños causados.

En la Comunidad Andina, además de esta vía interna ante los jueces nacionales, que también tienen los particulares de la Comunidad Europea, las personas naturales o jurídicas pueden activar directamente el procedimiento comunitario de incumplimiento, tanto el administrativo como el judicial, sin depender de la Secretaría General y lograr una sentencia que les permita, además de subsanar el incumplimiento por las vías comunitarias, obtener un título legal y suficiente para lograr ante un juez nacional la indemnización que les correspondiere por el daño o perjuicio que hayan sufrido por tal incumplimiento. Esto es realmente beneficioso si tomamos en cuenta que en la Comunidad Europea la única vía para lograr una indemnización por daños y perjuicios es intentar ante el juez nacional la correspondiente acción nacional para restablecer la situación jurídica, ya sea de nulidad o de inactividad, y subsecuentemente solicitar la indemnización si el juez nacional declara la responsabilidad del Estado.

Ahora bien, en la Comunidad Andina, tanto las condiciones sustantivas como las condiciones procesales para la acción de responsabilidad están determinadas por los derechos nacionales y no se ha formado todavía, como en las Comunidades Europeas, una doctrina jurisprudencial comunitaria sobre tal acción que permita un estándar mínimo de características de la misma, de manera que se unifique el régimen de responsabilidad del Estado miembro por infracción del derecho comunitario.

Todavía en la Comunidad Andina cada acción de responsabilidad estará sometida a las condiciones que dispongan los ordenamientos jurídicos internos, tanto desde el punto de vista sustantivo como el procesal, por lo que no estaría mal que se apliquen en el ámbito andino las concepciones que se han elaborado en Europa para garantizar a los particulares un mínimo de resguardo frente a los incumplimientos de los Estados miembros, desde la óptica de los intereses individuales, porque ya hemos visto que respecto a la salvaguarda de los intereses comunitarios hay vías administrativas y judiciales muy bien elaboradas tomando el modelo europeo.

En todo caso, creemos que está claro que en el caso de que un Estado miembro no garantice suficientemente a los ciudadanos las posibilidades de resarcimientos, éstos podrán acudir a la vía de incumplimiento para que la Secretaría General o el Tribunal de Justicia exijan al Estado miembro incumplidor un mínimo de posibilidades para los ciudadanos ver resarcidos los daños que sufran por los incumplimientos del derecho comunitario.

III. Relación entre el derecho comunitario andino y los derechos nacionales

1. El concepto de supranacionalidad

Una de las más importantes discusiones que pueden darse alrededor de la figura de la Comunidad Andina es sobre si existe en ella este nuevo atributo de las relaciones internacionales contemporáneas que es la supranacionalidad. Ciertamente, para algunos estudiosos de la materia la supranacionalidad no existe en la Comunidad Andina, pero, como veremos, para otros sí.

Sucede que la Comunidad Andina ha evolucionado a través de distintas etapas en las cuales su naturaleza jurídica ha variado en forma relevante. La original Comunidad Andina que se formó en 1969 no es la misma a la que luego se ha convertido, especialmente en 1979 con la creación del Tribunal de Justicia y el Parlamento Andino. Esto sin contar con las otras instituciones que se han venido creando sobre la marcha en este proceso de integración como la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas y los Convenios Sociales, además del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y más recientemente el Consejo Presidencial Andino.

En este proceso de maduración de la Comunidad Andina como entidad supranacional ha tenido un papel relevante el Tribunal de Justicia. Ello porque en su tratado de creación se aclararon ciertos aspectos que eliminaron cualquier duda sobre la naturaleza jurídica de la Comunidad Andina. Pero además la jurisprudencia del tribunal comunitario ha determinado el alcance, significado y dimensión de los principios que ha establecido el Tratado de Creación del Tribunal, inclusive los que en nuestro criterio no habían quedado claramente explicitados, como el principio de primacía del derecho comunitario.

Pasemos a conocer cómo ha sido este proceso de definición de la supranacionalidad andina, para lo cual estudiaremos previamente lo que para nosotros es realmente este nuevo atributo de las relaciones internacionales, aplicable a cualquier organización de este tipo, vinculado todo ello con el término "integración", que suele utilizarse como sinónimo de supranacionalidad en muchos casos cuando en realidad no lo es. Por supuesto que junto con esto tenemos que analizar la contrapartida de la supranacionalidad: la intergubernamentalidad.

1.1. La supranacionalidad y la integración: introducción

Al analizar etimológicamente el término "supranacionalidad", viene a nuestra mente una idea de superioridad de algo y la subordinación de otro, o lo que es lo mismo, "una idea de desigualdad, de un nivel superior e inferior"⁶³⁶.

Para José Luis Iglesias Buhigues, la palabra "supranacional" se compone de dos elementos: "supra" del latín "supra" que significa "sobre" o "por encima", lo que nos da el significado esencial del vocablo: lo que está sobre o por encima de la nación. Para este autor, el término "nación" debe entenderse en el sentido que normalmente se le atribuye en el derecho internacional como igual a "Estado"⁶³⁷. Pero en criterio de Araceli Mangas Martín, el término "supranacional" está mal empleado porque debería decirse "supraestatal" ya que "supranacional" trata de lo que está por encima de la nación y no del Estado⁶³⁸ porque si no sería "supraestatal"⁶³⁹.

En todo caso, ello entraña dos niveles diferentes: uno superior y otro subordinado, es decir, autoridad sobre el nivel inferior en virtud de un sistema de jerarquía. De esta forma, la institución supranacional debe hallarse en un nivel jerárquicamente más elevada que la entidad nacional y que, jurídicamente, es superior a la última⁶⁴⁰.

⁶³⁶ MANGAS MARTIN, Araceli, "Algunas reflexiones sobre el proceso jurídico de la integración europea", *Revista de Instituciones Europeas*, Instituto de Estudios Políticos, Vol. 4, No. 2, Madrid, 1977, p. 407.

⁶³⁷ IGLESIAS BUHIGUES, José Luis, "La noción de supranacionalidad en las Comunidades Europeas", *Revista de Instituciones Europeas*, Instituto de Estudios Políticos, No. 1, Madrid, 1974, p. 76.

⁶³⁸ Al intentar explicar los modos en que la Comunidad "es y ha llegado a ser supranacional", Weiler dice que "la discusión ha tendido, curiosamente, a centrarse en su relación con el <estado> y no con la <nación>". Esta equiparación nación/estado no es siempre útil. El supranacionalismo se refiere de modos específicos y diferentes a la categoría de nación y a la estatalidad. De hecho, en mi idea y concepción del supranacionalismo, su sistema de valores está realmente penetrado por el sistema de valores del liberalismo etno-nacional europeo del siglo XIX. A este respecto se verá que el supranacionalismo tiene, como Janus, la misma cualidad que la Paz y la Prosperidad, mira hacia el futuro a la vez que afirma el pasado —un radical conservadurismo. Para ver la relación entre supranacionalismo y las categorías de nación y estatalidad, propongo centramos sucesivamente en la categoría de nación y en la de estado e intentar explorar sus promesas y sus peligros. Posteriormente las relacionaremos con los fines del supranacionalismo. Naturalmente, al discutir sobre la nación y el estado, sólo daré algunas indicaciones conceptuales, casi en forma de titulares, ya que, de otro modo, sería un análisis extremadamente elaborado" (WEILER, Joseph, *Europa, Fin de Siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 179).

⁶³⁹ Compartimos la opinión de Araceli Mangas Martín según la cual "[a]rbitrariamente se utilizan los términos supranacional y supraestatal pensando, quizá, que lo nacional y lo estatal sean reconducibles. No sólo no lo son, sino que acudir a su homologación abusiva ha servido de justificación a trágicos acontecimientos históricos" (MANGAS MARTIN, *ob. cit.*, p. 408).

⁶⁴⁰ Sin embargo, eso de que en la supranacionalidad haya algo o alguien superior o sobre otro u otra no es del todo claro de que en verdad suceda. Lo que es innegable es que cuando hay supranacionalidad se produce una realidad distinta a la que había normalmente en los convenios de

Para Iglesias Buhigues, la única forma posible para construir una institución que responda al sentido etimológico de la supranacionalidad y las condiciones que debe reunir para que pueda decirse que, efectivamente, tal institución es superior jerárquicamente a la entidad nacional, es a través de la idea esencial de la subordinación encerrada en este vocablo: "será supranacional la institución que cuenta con facultades suficientes para dictar órdenes jurídicamente válidas a la entidad nacional subordinada"⁶⁴¹.

Desde el punto de vista jurídico, en criterio del profesor Francisco Rubio Llorente, "la noción de supranacionalidad implica la existencia de una estructura integrada por Estados distintos que

cooperación internacional porque no existe una simple coordinación o colaboración entre Estados en materias de interés común y las normas que se generan de esa experiencia tienen aplicación directa e inmediata en los países participantes, habiendo primacía de estas normas sobre el derecho interno de cada Estado en caso de conflicto.

Ahora bien, decir que en el estado actual del derecho internacional, las organizaciones internacionales de tipo supranacional están por encima de los Estados que la constituyen es muy discutible y pudiera ser una exageración. Ello porque, al fin y al cabo, quienes crean estas organizaciones son los propios Estados y quienes les siguen dando vida durante su funcionamiento son los entes que la constituyeron. No podemos olvidar que el ejercicio de las competencias que disfrutaban las organizaciones supranacionales se lo atribuyen los mismos Estados miembros, quienes mantienen sobre éstas la titularidad original. Además, los Estados mantienen su participación en la organización, es decir, no son los entes supranacionales personas jurídicas que funcionan solas y con auténtica vida propia, totalmente independiente de los países que le dieron origen, porque en ellas existen uno o varios órganos de suma importancia, como el Consejo de Ministros en las Comunidades Europeas y la Comisión de la Comunidad Andina, que están conformados por representantes de los Estados miembros y son casualmente los órganos que tienen más influencia y poder en la decisión de los asuntos de la organización, estando en varios casos en un nivel superior a los órganos estrictamente comunitarios, que generalmente reciben instrucciones de aquéllos.

Por otro lado, como vamos a ver, los Estados miembros, si bien deben cumplir obligatoriamente las decisiones de la organización supranacional, mantienen la posibilidad de retirarse de la organización cuando ello sea lo más conveniente, como pasó con Chile en la Comunidad Andina y ha estado a punto de pasar en las Comunidades Europeas en varios momentos.

Lo que es innegable es que lo que comúnmente se ha llamado como supranacionalidad constituye un nuevo ingrediente de las relaciones internacionales que no podemos estudiarla bajo los parámetros clásicos del derecho internacional, pero que, en todo caso, ello no debe llevar a considerar que su existencia tiene aparejado realmente un status superior de la organización sobre los Estados. Es decir, desde el punto de vista semántico, no existe organización "supranacional" propiamente dicha sino organizaciones internacionales que disfrutaban de la atribución del ejercicio de competencias por parte de los Estados que la constituyen, lo que no hace que estén por encima de éstos sino que tienen una mayor independencia y autonomía que las organizaciones internacionales tradicionales y esto les permite tener una incidencia más relevante sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, sin depender de decisiones nacionales.

No obstante, a los efectos de este estudio llamaremos supranacionalidad a esta realidad, "a falta de una palabra mejor" como dice Weiler (WEILER, *Europa, Fin de...*, p. 178), sin que por ello se entienda que estemos considerando que las organizaciones internacionales de este tipo estén por encima de los Estados.

⁶⁴¹ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 76.

mantienen la titularidad de su soberanía, pero dotada también de órganos propios, cuyas decisiones se imponen a los Estados miembros; más precisamente, que tiene efecto directo en el territorio de los Estados y que, en caso de colisión prevalece este último sobre las normas dictadas por los Estados⁶⁴². Para Rubio Llorente, coincidiendo con Weiler, de supranacionalidad plena, jurídica y política sólo cabe hablar cuando los órganos decisorios no están integrados por representantes de los Estados miembros y si lo están, no actúan de acuerdo con el principio de la unanimidad sino con el de mayoría⁶⁴³.

Evidentemente se puede deducir que esta situación que implica la supranacionalidad no era normal en el derecho de gentes ni en el derecho internacional de corte clásico, los cuales se basaban en un sistema internacional de coordinación⁶⁴⁴. La comunidad internacional se construye con Estados colocados en situación horizontal y sus relaciones no conocían una autoridad superior con poderes coercitivos, ni normas que se pueden imponer sin el consentimiento previo de los Estados y por ello, en gran parte, el derecho internacional tradicional fracasó en muchas de sus empresas.

⁶⁴² RUBIO LLORENTE, Francisco, "La integración supranacional", *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*, Editorial Cívitas, Madrid, 1997, p. 719.

⁶⁴³ Para lograr su definición de supranacionalidad, el constitucionalista Francisco Rubio Llorente nos trae una referencia a la estupenda obra de Joseph Weiler, "The Community System: The dual character of supranationalist", *Yearbook of European Law*. Nº 1, 1981, pp. 267 y ss. (RUBIO LLORENTE, *ob. cit.*, p. 719).

⁶⁴⁴ En efecto, para Pierre Pescatore, "Community objectives, institutional structure, authority and powers all require to be understood as elements of one and the same system. This system differs in every respect from the characteristic ingredients of the relationships governed by traditional international law: a unification project as objective; the introduction of new principles of representativity, different from the representation of states and leading to an institutional structure distinct from that of international organizations; finally, a reshaping of authority and powers at the level of state sovereignty. To distinguish such a system from the categories hitherto known on the international level, a neologism has been coined: supranationality. The use of this new word was intended, in the minds of the creators of the new Community structures, to indicate the originality of the task, which it appeared impossible to describe adequately by means of the well-worn categories of international law. As is well-known, the expression has also found opponents –learned opponents who consider that the originality of the enterprise is not such that it is necessary to undermine the certainty provided by existing terminology, but especially political opponents who are really attacking the fact rather than the word, and who, in seeking to excise the expression, think they are exorcising the reality.

En opinión de Pescatore, "It must be admitted that the criticism of the concept of supranationality has been encouraged by the confusion which has from the beginning attended the use of this new terminology. Reading what has been written over the years of this new concept, one must recognize that there is not one but several ways of understanding supranationality. From this confusion to scepticism is but a short step. Thus, at the Study Congress of the ECSC at Stresa in 1957, Professor Verzijl was able to declare that he had observed no less than 15 to 20 different meanings for this concept. Undoubtedly this figure will by now have been exceeded, but what does that mean? At any rate it proves the great interest aroused by this problem; but it leaves all the possibilities still open, since it is always possible that all the opinions held up to now are erroneous and that the exact conception still remains to be found (PESCATORE, Pierre, *The Law of Integration. Emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1974, pp. 48-49).

Ahora bien, en el orden supranacional, la situación es diferente porque se acepta un poder que puede actuar sobre las entidades nacionales, pero por voluntad de los propios Estados⁶⁴⁵. Para algunos, no obstante, el poder del Estado -la soberanía- "concorre ante el orden supranacional en situación de subordinación y ocasionando su deterioro"⁶⁴⁶,

Lo que es cierto es que el poder supranacional existe por las decisiones soberanas de los Estados. Son éstos los que crean la entidad supranacional porque ésta necesita de atribuciones propias para nacer y para seguir considerándose como tal. La supranacionalidad necesita un contenido material que cada Estado miembro le atribuye. Así se ha sostenido que "el poder supranacional necesita un campo de actividad estatal para materializar su autoridad y requiere asimismo que los Estados se lo transfieran, cedan, abandonen o lo pierdan, pero el caso es que sectores de la actividad estatal y la competencia sobre ellos se encuentran en el seno del poder supranacional"⁶⁴⁷.

Ahora bien, no creemos que deba confundirse la concurrencia de los Estados miembros como soberanos en un plano de igualdad, con el hecho de la creación de un poder supranacional, en el cual, a partir de un momento y de modo progresivo, accederían las competencias de los Estados partícipes, que en sí son diferentes de las soberanías, aunque provengan de ellas. Si fueran las

⁶⁴⁵ Según Weiler, "[s]e puede considerar como punto central del proyecto de integración europea el intento de controlar los excesos del estado-nación moderno en Europa, especialmente, pero no únicamente, su propensión al conflicto violento y la incapacidad del sistema internacional para evitar esa propensión. La Comunidad Europea debía de ser un antídoto de las características negativas del estado y de las relaciones estatales; su establecimiento en 1951 fue considerado como el principio de un proceso que produciría la eliminación de estos excesos. (...) La visión comunitaria de la integración europea, para Weiler, es la que ha prevalecido frente a la visión unitaria para la formación de un "super-Estado federal" y "las aspiraciones aquí son modestas comparadas con el modelo de Unión, incluso reaccionarias: el supranacionalismo, con su noción de comunidad más que de unidad, viene a afirmar los valores del estado-nación liberal, vigilando sus límites frente a cualquier abuso. (...) En el plano puramente estatal, el supranacionalismo sustituye la premisa <liberal> de la sociedad internacional por una premisa comunitaria. El modelo clásico de derecho internacional es una réplica en el plano internacional de una teoría liberal del estado. En el plano internacional, el estado es tratado implícitamente como el análogo al individuo dentro de una situación nacional. Siguiendo esta concepción, las nociones legales internacionales como la autodeterminación, soberanía, independencia y consentimiento, encuentran su analogía en teorías del individuo dentro del estado. En la visión supranacional, la comunidad como régimen supranacional no constituye simplemente un campo neutral en el que los estados pugnan por maximizar sus beneficios, sino que genera una tensión entre el estado y la comunidad de estados. Es fundamental observar que la idea de comunidad no trata de suprimir el estado nacional, sino de crear un régimen destinado a imponer una nueva disciplina al interés nacional. Lo idílico es un estado de cosas que elimina los excesos del estrecho <interés nacional> estatal. El desafío consiste en controlar, a nivel social, los reflejos incontrolados del interés nacional en la esfera internacional (WEILER, *Europa, Fin de...*, pp. 183-184).

⁶⁴⁶ MANGAS MARTIN, *ob. cit.*, p. 407.

⁶⁴⁷ MANGAS MARTIN, *ob. cit.*, p. 409.

soberanías, comparablemente iguales, las que concudiesen directamente en la constitución de la organización supranacional, el mismo concepto de la supranacionalidad no tendría sentido ya que ésta postula una cierta desigualdad, unos niveles jerárquicos, unos campos de competencias diferenciados, unos objetivos comunes, pero que pudieran ser distintos a los intereses nacionales individuales en algunos momentos y requiere la aceptación de las normas comunitarias por el orden nacional. Si bien la supranacionalidad existe gracias a las soberanías de los Estados participantes, una vez constituido el poder supranacional, éste pasa a ser un ente diferente cuya voluntad tendrá intereses, procedimientos y características distintas a los de los Estados miembros⁶⁴⁸.

Algunos autores caracterizan a la supranacionalidad tomando en consideración la índole de la distribución de competencias ocurrida en el acuerdo que relacione a dos o más Estados soberanos⁶⁴⁹. En efecto, para algunos estudiosos de la materia en las distintas etapas de la integración se produce una distribución de competencias determinada, la cual puede ser horizontal o vertical. En la primera, su ámbito sigue siendo lo interestatal y la aplicación consecuente del derecho internacional tradicional. En la medida que ocurre una distribución de competencias de carácter vertical, que es la segunda posibilidad, ésta cobra particular importancia a los efectos del estudio de la supranacionalidad y más si se refiere a las últimas etapas del proceso integrador⁶⁵⁰.

En todo caso, la supranacionalidad es un atributo que permite a las organizaciones que la poseen disfrutar del ejercicio propio de competencias en su interés, que es el interés común de los países participantes, con independencia de los gobiernos de los Estados miembros y con la posibilidad de adoptar decisiones que, sin necesidad de unanimidad en muchos casos, puedan ser

⁶⁴⁸ Sin embargo, esta independencia de la organización supranacional no le permite actuar sola sin tomar en cuenta a los Estados miembros sino que éstos siguen participando en su funcionamiento de una manera determinante y decisiva, y hasta pueden acabar con ella. Realmente la organización supranacional será lo que los Estados miembros quieran que sea porque éstos están íncitos en su seno como parte de un órgano o de varios de ella.

⁶⁴⁹ Para Weiler, "[n]o existe un significado determinado del término supranacionalismo. De hecho, desde sus comienzos parece que ha habido dos visiones rivales de su realización por la Comunidad: una visión Unitaria (integrada por los partidarios de unos Estados Unidos de Europa) y una visión Comunitaria más atenuada. Las dos posiciones (que, por supuesto, coinciden en parte) continúan coexistiendo. Pero, en mi opinión, la visión Comunitaria prevalece en los años de formación de la CE, dado el mapa histórico -el rechazo de la Comunidad de Defensa Europea y de la Comunidad Política Europea en los años cincuenta y la articulación del supranacionalismo especialmente en el Tratado de Roma-. Aún así, más que cualquier otro elemento de este ensayo, la concepción del supranacionalismo, sus visiones y sus ventajas es un enfoque personal y no pretendo que se acepte corrientemente (WEILER, *Europa, Fin de...*, pp. 178-179).

⁶⁵⁰ PEREZ VERA, Elisa, "Reflexiones sobre los procesos de integración regional", *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 4, No. 3, 1977, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1977, p. 692.

directamente aplicables tanto en todos los Estados miembros, aunque no hayan votado a favor de esa decisión, como a todos los particulares que viven en su territorio⁶⁵¹.

Ahora bien, ya no derivada de su carácter de organización supranacional sino de una organización con fines especiales, en los términos de la teoría alemana sobre la Comunidad⁶⁵², ésta, por el hecho de no disponer de la competencia general universal o Kompetenz-Kompetenz, como expresa Prodromos Dagtoglou, no es un Estado sino que, por el contrario, dado que no dispone más que de competencias especiales, las cuales están definidas por los tratados, tiene finalidades también especiales, en particular económicas, y competencias limitadas. Esto presupone y conlleva que las organizaciones supranacionales no tienen una competencia normativa general y deben hacer uso solamente de la especificidad de las competencias atribuidas.

Sucede que, en el caso de las Comunidades Europeas, estas limitaciones competenciales se han matizado a su favor a través de la teoría de los poderes implícitos y por las disposiciones de los tratados, como el artículo 308 TCE (ex artículo 235 TCE), que han ampliado las competencias de estas organizaciones comunitarias, en todo lo cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido un papel preponderante.

En efecto, la doctrina de los poderes implícitos, de origen jurisprudencial, fue elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y se ha extendido progresivamente a importantes jurisdicciones internacionales, con el fin de legitimar, y también de delimitar, la tendencia corriente de los Estados federales y de las organizaciones internacionales, a ampliar su propia competencia en la práctica, ignorando el principio tradicional según el cual las limitaciones a la soberanía de los Estados no se presumen⁶⁵³.

⁶⁵¹ En opinión de Pescatore, "we are dealing with a phenomenon which far transcends the well-worn framework of international law, since it originates in questioning a fundamental concept of the international legal order, namely that of state sovereignty. From this questioning stems the creation of a whole system of relationships of authority and power, a process of decision and action which has no equivalent in international law. I think, therefore, that it is legitimate and even necessary to choose expressions which serve to distinguish this new and characteristic reality from the traditional framework of international relations. The inventors of this extraordinary concept having chosen a name for it, let us, in accordance with learned usage, respect their choice. So much for terminology. For my part I think that in defining supranationality we must make an effort to discern as objectively as possible what is characteristic in the process we are considering. In doing this we must distinguish between what is essential and what is merely accessory. The confusion introduced into the discussion on supranationality is due to the fact that certain contingent characteristics which supranationality acquired at the outset have been elevated to the status of distinguishing marks. We must, therefore, unravel what is fundamental and what is secondary, what forms parts of the principle of all supranationality and what may be added to it in an ever-increasing effort at perfection" (PESCATORE, *The Law of Integration...*, pp. 49-50).

⁶⁵² DAGTOGLOU, Prodromos, "Naturaleza jurídica de la Comunidad Europea", *Treinta años de Derecho Comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984, p. 39.

⁶⁵³ Ciertamente es a menudo dicho que la Comunidad está basada en el principio de los poderes limitados. Esto significa que las instituciones comunitarias no tienen poderes inherentes sino que

Esta doctrina, al principio, sólo reconocía los poderes no expresamente atribuidos por los textos, pero indispensables para un ejercicio más completo de las tareas institucionales, pero ha terminado por admitirse la atribución del ejercicio de nuevas competencias en la medida en que son necesarias para la realización de los objetivos fijados por el acto constitutivo. Ahora bien, en criterio de Antonio Tizzano, el cual suscribimos plenamente, "esta doctrina, aunque se admita su aplicación, únicamente puede ser aceptada de forma muy restrictiva con respecto a las Comunidades Europeas ya que se piensa que las cláusulas antes citadas de los tratados imponen límites a su plena utilización"⁶⁵⁴.

En efecto, las Comunidades Europeas no gozan de competencias ilimitadas a pesar de estar destinadas a la prosecución de amplias metas y a ejercer poderes de vasto alcance. A diferencia de los Estados y a similitud de las otras organizaciones internacionales, no poseen, según la expresión tradicional, más que una simple competencia de atribución, esto es, deben actuar en el marco de las disposiciones previstas por su respectivo estatuto⁶⁵⁵.

poseen solamente aquellos poderes conferidos en aspectos limitados. Mientras es indudablemente cierto que la Comunidad no tiene poderes inherentes y debe mantenerse dentro de los poderes conferidos a ella por los Tratados, la significación práctica de esto ha disminuido por una serie de factores. Primero, porque las previsiones de los Tratados en materia de poderes han sido interpretadas de una manera amplia, en parte por la teoría de los poderes implícitos. Esta teoría, que fue originalmente desarrollada en el derecho constitucional y administrativo de los Estados Unidos e Inglaterra, y que ha sido reconocida como un principio de derecho internacional, puede ser expresada tanto en una forma restringida como en una forma amplia. De acuerdo con la formulación restringida, la existencia de un poder dado implica también la existencia de cualquier otro poder que sea razonablemente necesario para el ejercicio de aquél; de acuerdo con la formulación amplia, la existencia de un objetivo o una función dada implica la existencia de cualquier poder razonablemente necesario para lograrlo.

La formulación restringida, según Hartley, fue adoptada por el Tribunal europeo en 1956 (caso *Fédération Charbonnière de Belgique* v. High Authority, as. 8/55, [1956] ECR 245, at 280); la formulación amplia fue aplicada, relacionada con la Comisión, en 1987 (caso *Germany* v. Comisión, as. 281, 283-5, 287/85, [1987], ECR 3203) (HARTLEY, *ob. cit.*, pp. 110-111).

⁶⁵⁴ TIZZANO, Antonio, "Las competencias de la Comunidad", *Treinta años de Derecho Comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984, p. 50.

⁶⁵⁵ Según Weiler, "[e]s posible que la razón en la que se apoya la jurisprudencia del Tribunal sobre el efecto directo y sobre la supremacía haya sido su intención de maximizar la eficacia con la que la Comunidad lleva a cabo las tareas que el Tratado le encomienda. Como parte de esta razón principal, hay que considerar la cuestión de los poderes específicos atribuidos a la Comunidad para llevar a cabo estas tareas. El efecto directo y la supremacía no servirían a sus funciones sin la Comunidad no tuviera a su disposición los instrumentos precisos. El asunto con que, en 1970, esta consideración se hizo patente fue el del poder de la Comunidad para celebrar tratados. La realización plena de muchas de las políticas internas de la CE dependía claramente de la capacidad de la Comunidad para negociar y concluir tratados internacionales con terceras partes. Como en el caso de los Estados miembros, los problemas con los que se enfrenta la Comunidad no respetan sus fronteras territoriales o jurisdiccionales internas. El Tratado mismo fue bastante parco al conferir a la Comunidad poder para la celebración de tratados, limitándolo a unos pocos supuestos específicos. En su decisión fundamental de aquel período (el período *circa* 1971), el Tribunal europeo sostuvo que la atribución de competencia interna debe entenderse que implica un poder externo de celebración de

Sin embargo, los textos de los tratados constitutivos no presentan una lista de competencias atribuidas a las Comunidades, como es el caso de los Estados federales o de los Estados caracterizados por formas de amplia autonomía atribuida a entes territoriales inferiores. Como en la mayor parte de las organizaciones internacionales, la técnica empleada por los tratados es, por el contrario, más compleja ya que la esfera de las competencias comunitarias está definida en función de la combinación de varios elementos de apreciación y, en particular, en base tanto de las materias que le son propias como de las acciones que la Comunidad puede llevar a cabo y de los poderes que le son conferidos a tal efecto.

Así, limitándonos al Tratado de la Comunidad Europea, las finalidades de la organización son enunciadas en términos generales en el artículo 2 TCE que asigna a la Comunidad la "misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros".

Sin embargo, una vez precisados los objetivos, el Tratado no atribuye automáticamente a la Comunidad todos los poderes necesarios para la realización de los mismos. En efecto, desarrollando el alcance y estableciendo explícitamente el sentido de la expresión que figura en el artículo 2 TCE ("mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes"), el artículo 3 TCE enumera las tareas que hay que ejecutar y los instrumentos a utilizar con el fin de alcanzar los objetivos del Tratado. Tareas e instrumentos que no son necesariamente confiados a la "acción de la Comunidad" o al menos, no son únicamente confiados a instituciones comunitarias ya que está igualmente prevista la

tratados (caso 22/70, Comisión de las Comunidades Europeas v. Consejo de las Comunidades Europeas, 1971, ECR 263).

El Tribunal Europeo añadió que los acuerdos internacionales comunitarios serían vinculantes no sólo para la Comunidad como tal, sino también, según correspondiera, para los Estados miembros. La importancia de la regla así enunciada excede de la cuestión acerca del poder para celebrar tratados. Con esta decisión, posteriormente repetida en diferentes contextos, el Tribunal Europeo añadió un peldaño más a su escala constitucional: los poderes se entenderán implícitos a favor de la Comunidad siempre que sean necesarios para servir a los fines legítimos por ella perseguidos. Más allá de sus enormes ramificaciones prácticas, el aspecto esencial fue la voluntad del Tribunal de sortear la regla de interpretación típica en derecho internacional de que los tratados deben ser interpretados en la forma que minimice la intromisión en la soberanía estatal. El Tribunal favoreció una regla teleológica, intencional, extraída del libro de interpretación constitucional" (WEILER, *Europa, Fin de...*, pp. 30-31).

intervención de los Estados miembros o de organismos que, en sentido estricto, no se inscriben dentro de la estructura institucional comunitaria⁶⁵⁶.

En otras palabras, el principio de competencias de atribución deriva sobre todo del artículo 3 TCE, que precisa que la acción de la Comunidad debe ejercerse "en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado", mientras que el artículo 5 TCE expresa que "[l]a Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna", pero en su conjunto, el principio deriva sobre todo del sistema adoptado por el Tratado, consistente en especificar en sus normas materiales el alcance, las condiciones y las modalidades de las diferentes competencias comunitarias, evitando que las disposiciones de carácter general puedan ser interpretadas como una atribución automática e ilimitada de potestades a las instituciones comunitarias.

Por otro lado, el Tratado ha previsto un instrumento normativo especial para la ampliación de las competencias comunitarias y hacer frente, de manera formal, mediante procedimientos a la vez más flexibles, a las adaptaciones sucesivas que sin duda habrían de imponerse en organizaciones tan dinámicas como la Comunidad Europea, el cual está constituido por el artículo 308 TCE⁶⁵⁷ (ex

⁶⁵⁶ El artículo 4 TCE dice que "para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación entre las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia".

⁶⁵⁷ Para Hartley, la previsión de la sentencia *Alemania vs. Comisión* (casos 281, 283-5, 287/85, [1987] ECR 3203) según la cual "...la Comisión deberá tener el objetivo de promover una cercana cooperación entre los Estados miembros en el campo social, particularmente en materias relacionadas con...", da a la Comisión un objetivo, aunque en ningún lado es conferida a la Comisión algún poder legislativo. Los autores del Tratado probablemente pensaron que este no era necesario. Sin embargo, en 1985, la Comisión, actuando bajo el artículo 118 TCE adoptó una decisión que obligó a los Estados miembros a consultar a la misma en algunas materias y a informarla de medidas y acuerdos concernientes al tópico en cuestión. Esta decisión fue atacada por algunos Estados miembros, pero fue mantenida por el Tribunal, excepto para ciertas previsiones. El Tribunal mantuvo que, cuando una previsión del Tratado establece un determinado objetivo a la Comisión, esa previsión también debe implicar el otorgamiento a la Comisión de poderes que son indispensables para lograr ese objetivo. Desde que el TCE establece muchos objetivos a la Comisión, incluyendo en tales amplias funciones esa de asegurar que las previsiones del Tratado sean aplicadas, esta sentencia es potencialmente muy significativa y pudiera hacer comenzar una etapa de incremento del papel legislador de la Comisión.

Una segunda y más severa objeción a la visión de que la Comunidad está basada en el principio de los poderes limitados es que no todas las previsiones del Tratado son de la naturaleza descrita antes. Una previsión amplia está contenida en el artículo 94 TCE (ex artículo 100 TCE), que da poderes al Consejo para dictar Directivas para la aproximación de tales leyes u otras previsiones de los Estados miembros como <directamente afectadas al establecimiento o funcionamiento del mercado común>. Varias Directivas han sido dictadas bajo este poder para unificar las leyes de los Estados miembros en una amplia variedad de aspectos.

El artículo 94 TCE (ex artículo 100 TCE) debe ser considerado, en criterio de Hartley, como otorgante de un poder específico, pero otra previsión claramente va más allá que éste: el artículo 308 TCE (ex artículo 235 TCE) que prevé que "[c]uando una acción de la Comunidad resulte necesaria para

artículo 235 TCE) según el cual "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes".

1.1.1. Las características fundamentales de la supranacionalidad

La supranacionalidad, en sentido general, tiene una serie de características que la distinguen de cualquier otra forma internacional de entendimiento. Ya veremos que las características de la

lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes".

En orden para apreciar la extensión precisa de este poder, las condiciones prescritas para su ejercicio deben ser analizadas. Estos son divididos en procedimentales y requerimientos sustantivos. La formalidad sigue el patrón standard –propuesta de la Comisión y consulta al Parlamento Europeo–, excepto que el Consejo la adopte en forma unánime.

Los requerimientos sustantivos son los siguientes: 1) El poder debe ser usado para cumplir uno de los objetivos de la Comunidad; 2) La acción de la Comunidad debe ser necesaria para este propósito; 3) El aspecto del objetivo debe tener lugar en el curso del funcionamiento del mercado común; 4) El Tratado no debe prever los poderes necesarios; 5) La medida debe ser apropiada para el cumplimiento del objetivo.

Es posible revisar el efecto del artículo 308 TCE como un todo. Este será visto que confiere que este únicamente confiere lo que sea considerado como un poder legislativo general. Por esta razón, la teoría de los poderes limitados no parece ser parte del derecho comunitario, excepto en el entendido de que la Comunidad puede legislar solamente dentro del área general cubierta por los Tratados. Esto nos lleva a la cuestión de que si hay algún límite significativo al uso del artículo 308 TCE dentro de esta área. Un límite obvio es que las medidas tomadas bajo este artículo no deben ir al contrario de una expresa prohibición contenida en el Tratado.

En segundo lugar, el artículo 308 TCE no debe ser usado para adoptar medidas que puedan constituir una enmienda al Tratado; las enmiendas del Tratado son expresamente establecidas en el artículo 309 TCE (ex art. 236 TCE), que, como será recordado, prevé la convocatoria a una conferencia de Estados miembros; esto también descansa en que cualquier enmienda debe ser ratificada por cada uno de los Estados miembros de acuerdo con sus previsiones constitucionales. Esto sugiere que este procedimiento debe ser usado, no solamente cuando una previsión del Tratado sea expresamente enmendada, sino también cuando la estructura constitucional básica establecida en el Tratado sea modificada. Estas limitaciones son razonables cuando uno recuerda que, aún en una federación completa, los órganos federales no tienen el poder de hacer enmiendas constitucionales sin pasar por procesos especiales que usualmente implican la realización de un referéndum o el acuerdo de los estados federados.

El extenso propósito del artículo 308 TCE puede aparecer como de pequeña significación si vemos la regla de que las medidas pasen bajo el acuerdo de todos los Estados miembros por lo que cualquiera de ellos puede vetar la propuesta, aunque una abstención no pararía el procedimiento de una medida. Sin embargo, si el artículo 308 TCE no hubiese existido, los Estados miembros serían obligados a suscribir un tratado y esto debe ser objeto de ratificación, que normalmente implica la aprobación de los parlamentos nacionales. La importancia del artículo 308 TCE, además, es que éste permite a los gobiernos evadir sus procedimientos nacionales. En vista de esto, es desafortunado que el Parlamento Europeo no dé su opinión cuando se recurre al artículo 308 TCE; en lugar de ser llamado a ejercer su derecho a dar su opinión, éste puede ser llamado a ejercer el poder para tomar la decisión final conjuntamente con el Consejo. Una reforma en este sentido fue planteada en 1972, pero todavía aparece sin firmar para ser adoptada (HARTLEY, *ob. cit.*, pp. 111-119).

supranacionalidad pueden ser varias, pero hay unas que son indispensables en toda supranacionalidad para poder considerar su existencia⁶⁵⁸. Las otras, en algunos casos son accesorias y lo que hacen es reforzar o debilitar la supranacionalidad existente, si es el caso, o ayudan a corroborar su ausencia⁶⁵⁹.

Aquí es importante destacar una observación de José Luis Iglesias Buhigues, según la cual, siguiendo al profesor Heraud, "no es totalmente exacto hablar de "organizaciones supranacionales" porque este calificativo corresponde a los órganos y bajo ciertas condiciones. (...) Sin embargo, puede admitirse que una organización que posea tales órganos, siquiera sea uno, merece el calificativo de "supranacional", aunque debe añadirse que el órgano de este tipo únicamente funciona de forma supranacional cuando el tratado lo autoriza"⁶⁶⁰.

Pero destaca más adelante Iglesias que ese mismo órgano puede presentar otro aspecto: emplea para sus decisiones el procedimiento interestatal. Por ello, según el procedimiento, el órgano presenta una y otra cara, por lo que en rigor, siguiendo nuevamente a Iglesias, "no puede hablarse de organización ni, incluso, de órganos supranacionales" ya que este calificativo corresponde únicamente a un mecanismo, a un procedimiento, supone una técnica de funcionamiento, de la misma forma que lo es el interestatal: "ambos se diferencian, además, por su peculiar estructura y,

⁶⁵⁸ En este sentido Pescatore cuando dice "[f]or my part I think that in defining supranationality we must make an effort to discern as objectively as possible what is characteristic in the process we are considering. In doing this we must distinguish between what is essential and what is merely accessory. The confusion introduced into the discussion on supranationality is due to the fact that certain contingent characteristics which supranationality acquired at the outset have been elevated to the status of distinguish marks. We must, therefore, unravel what is fundamental and what is secondary, what forms part of the principle of all supranationality and what may be added to it in an ever-increasing effort at perfection" (PESCATORE, *The Law of Integration...*, pp. 49-50).

⁶⁵⁹ Según Schermers, se puede usar la calificación de "organización supranacional" para indicar que los elementos supranacionales prevalecen y que la organización tiene poderes considerables que superan el nivel que se puede alcanzar por la vía de la cooperación intergubernamental. Si los elementos intergubernamentales prevalecen, podemos usar la expresión "organización intergubernamental", dejando el nombre de "organización internacional" para referirnos a ambas. En cualquier caso, en opinión de Schermers, la prevalencia de unos u otros elementos es una cuestión subjetiva, que parcialmente depende del asunto en discusión.

Virally, citado por Schermers, considera que las organizaciones intergubernamentales y supranacionales son tan diferentes que no pueden ser estudiadas simultáneamente. "The function of the former is co-operation and leaves intact the basic structure of the present-day international community; the latter aims at integration and the assumption of certain functions of the States" dice Virally. Sin embargo, Schermers considera que estos aspectos no son suficientes para hacer una distinción clara entre los dos tipos de organizaciones internacionales. Según Schermers, todas éstas asumen algunas funciones de sus Estados miembros; "the present supranational organizations are still largely based on co-operation between States" dice Schermers y continúa afirmando que "[i]n fact there is only a very fine distinction that can be made between the two types". "Both groups", finaliza Schermers, "of organizations handle so many similar problems that comparison can be justified" (SCHERMERS, *International Institutional Law*, Sijthoff & Noordhoff International Publishers B. V., Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 1980, pp. 29-30).

⁶⁶⁰ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 76.

sobre todo, por las tareas encomendadas y por las competencias atribuidas⁶⁶¹. No obstante, ya veremos que una cosa es la naturaleza jurídica supranacional o no de un proyecto de integración y otra sus técnicas de funcionamiento.

En efecto, se puede diferenciar entre la naturaleza de la organización en sí misma y sus técnicas de funcionamiento, que pueden ser, a su vez, supranacionales o intergubernamentales. Consideramos como organización supranacional aquella que recibe, en cualquiera de sus órganos, la atribución del ejercicio de las competencias de un grupo de países en materias específicas, en aras de un interés común y en la que sus decisiones serán aplicadas inmediatamente y directamente tanto a los Estados como a los ciudadanos, en forma obligatoria y coactiva si es necesario.

Ahora bien, esta organización supranacional, a su vez, tiene técnicas de funcionamiento, que pueden ser tanto supranacionales como intergubernamentales. De esta manera, ambas técnicas pueden coexistir en una organización supranacional, sin que ello afecte esta última naturaleza, siendo necesario para considerar a la organización como supranacional, pese a la utilización de técnicas intergubernamentales, que a través de los mecanismos supranacionales se tomen las decisiones básicas y fundamentales de la organización. De otra manera, ella no será sino una organización internacional clásica que utiliza técnicas supranacionales en algunos casos, que pueden ser muchos, pero que al no ser en temas esenciales a la organización, ello por sí solo no le permite a la organización considerarse como de naturaleza supranacional.

De la misma forma, una organización internacional clásica, ésta es, la creada por un grupo de países para resolver o evitar ciertos problemas entre países o para trabajar en ciertos temas de interés común, pero que, a diferencia de la organización supranacional, no recibe de aquéllos la posibilidad del ejercicio de ciertas competencias para poder funcionar en forma independiente de ellos, en esencia va a adoptar sus decisiones a través de las técnicas interestatales. Pero pudiera suceder que, en algunos casos, la adopción de sus decisiones se haga a través de mecanismos supranacionales como la regla de la mayoría⁶⁶², los que, en todo caso, serán atenuadas por técnicas de funcionamiento y otras características que, si bien permitirán el uso de aquellos mecanismos, no

⁶⁶¹ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 76.

⁶⁶² Como ejemplo del uso de técnicas supranacionales en una organización internacional clásica aunque constituidos sus órganos por representantes de los Estados miembros, como lo destaca Pescatore (véase PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 6), tenemos a la Organización de las Naciones Unidas, donde en su Consejo de Seguridad se adoptan las decisiones por la regla de la mayoría y así adoptadas se aplican al resto de los Estados miembros, aún los que no tengan representación en ese Consejo. En este sentido, Schermers dice que las Naciones Unidas, sin ser una organización supranacional, tiene características de este tipo en el procedimiento de adopción de decisiones al usar el voto por mayoría y aunque las Naciones Unidas pueden tomar decisiones para mantener la paz contra los deseos de algunos miembros, según este autor la ONU entra en dificultades cuando esos miembros rechazan pagar los gastos de esas decisiones (SCHERMERS, *ob. cit.*, p. 29).

limitarán la soberanía de los Estados participantes y hacen prevalecer la naturaleza intergubernamental de la organización.

1.1.1.1. Primera característica: la autonomía

Respecto a las características fundamentales de la supranacionalidad como elemento de las organizaciones internacionales modernas, consideramos que "la supranacionalidad debe entrañar, ante todo, un mecanismo autónomo que, jurídicamente, vincule a los Estados, aún contra su voluntad"⁶⁶³. Este mecanismo hace que la organización sea verdaderamente autónoma, lo cual puede lograrse a través del procedimiento utilizado para su funcionamiento o por el estatuto de los integrantes de sus órganos.

No obstante que un órgano no sea estatutariamente autónomo, porque sus miembros sean representantes de los Estados o porque no tengan estabilidad en sus cargos, tal autonomía puede conseguirla por medio del procedimiento que utilice para adoptar sus decisiones. Por ejemplo, el Consejo de las Comunidades Europeas, en principio, no es autónomo por su estatuto ya que está constituido por representantes de los Estados miembros, quienes actúan por instrucciones de éstos. Sin embargo, a la par de su naturaleza intergubernamental intrínseca, puede considerársele comunitario porque puede tomar decisiones que comprometen a la Comunidad, que pueden ser diferentes a las instrucciones de los Estados miembros, porque al final debe decidir tomando en cuenta el interés de aquélla⁶⁶⁴.

De manera que el Consejo de las Comunidades Europeas es verdaderamente un órgano comunitario de estructura y composición intergubernamentales. Ahora bien, en un órgano de tal naturaleza, será supranacional aquel procedimiento de decisión que obligue a los Estados, incluso contra su voluntad, éste es, el procedimiento mayoritario que, en su forma simple, es intensamente supranacional para debilitarse a medida que la mayoría se aproxime a la unanimidad. En rigor, según Iglesias Buhigues, "basta que uno de los países quede obligado por una decisión que él no ha suscrito para que pueda hablarse de procedimiento autónomo y de mecanismo supranacional"⁶⁶⁵.

⁶⁶³ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 76.

⁶⁶⁴ Ciertamente, se entiende que, aunque un órgano esté constituido por representantes de los Estados miembros de la organización, sin embargo cuando éste decide, el acto que adopta no se considera que proviene de la voluntad de los Estados como tales sino que es una manifestación de voluntad distinta del órgano y de la organización entera. El órgano, además, decide tomando en cuenta los intereses comunitarios y no los nacionales estrictamente, que no son los mismos ni necesariamente tienen que coincidir, por supuesto haciendo el respectivo balance entre éstos, aunque el órgano sea en su constitución de naturaleza intergubernamental (a este respecto, véase PESCATORE, *The Law of Integration...*, pp. 11-13).

⁶⁶⁵ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 78.

Siempre en la primera de las características fundamentales de la supranacionalidad, uno de los aspectos más importantes es contar con un órgano estatutariamente independiente de los Estados miembros. Esto se logra, como en la Comisión de las Comunidades Europeas, con una autonomía orgánica y funcional, representando a la Comunidad y no a los Estados y tomando sus decisiones por mayoría y garantizando su independencia en los tratados por diversos medios.

Por otro lado, debemos hablar sobre la autonomía que viene derivada de la formación del órgano, el cual, sin embargo, por sí solo no la garantiza. En las Comunidades Europeas, tres formas son posibles de constitución del órgano: por elección del pueblo comunitario; por designación de los Parlamentos nacionales de los países miembros; o por nombramiento de los Gobiernos de los países miembros. El procedimiento de formación que concede la mayor autonomía es el primero, luego en menos medida el segundo y por último, muy problemáticamente, el tercero, en el cual puede haber una subdivisión: las personas designadas por los Gobiernos lo serán cada una por un país determinado o por ellos en conjunto.

En todo caso, el mecanismo supranacional depende del modo de formación del órgano y la autonomía prevista en el estatuto puede verse reforzada desde el plano socio-político por las garantías de composición, número, calificación, designación, estabilidad y duración del mandato de sus miembros. Sin embargo, el modo de formación del órgano no puede ser, desde el punto de vista jurídico, garantía suficiente de supranacionalidad porque podría darse el caso de un órgano formado del modo más supranacional posible, pero con un funcionamiento dependiente de los Estados miembros, que pusiera la decisión prácticamente en manos del órgano constituido por éstos. La decisión es supranacional cuando obliga a los que votan con ella y a los que se oponen. Tal decisión únicamente la garantiza el órgano que decide y cuando decide por mayoría y el que cuenta con un estatuto independiente o las dos cosas a la vez.

No obstante, aunque en estas dos situaciones -decisión mayoritaria y estatuto independiente- los Estados quedan jurídicamente obligados, incluso contra su voluntad, una diferencia les separa: en el caso de la decisión supranacional por el procedimiento, la sumisión normativa de los Estados ocurre sólo para la minoría, mientras que en el supuesto de una decisión del órgano estatutariamente independiente, los Estados obligados en contra de su voluntad pueden, en rigor, serlo todos. El órgano supranacional, que no es emanación de ningún Estado en particular, puede tomar decisiones que encuentren la hostilidad de todos los países juntos. Pero ello no puede ocurrir con el mecanismo autónomo del procedimiento, porque sólo una minoría de Estados puede ser normativamente obligada.

1.1.1.2. Segunda característica: el poder de decisión

Otra de las características fundamentales de la supranacionalidad en criterio de varios autores es el poder de decisión. Para determinar en qué casos el poder de decisión constituye un atributo de la supranacionalidad, tenemos que diferenciar entre la competencia discrecional y la reglada. Cuando el órgano está obligado a decidir en cierta situación y sólo cuando concurren determinadas circunstancias o se dan las condiciones previstas y, además, el órgano no posee libertad de elección en el contenido de su decisión sino que se halla constreñido a decidir en un determinado sentido, es de suponer que tal decisión no lo es en realidad porque ella se obliga a reproducir obligatoriamente una estipulación del tratado o una decisión tomada ya por otro órgano que en esa materia y en ese caso le es superior. Esa decisión no puede ser considerada como resultante de un mecanismo supranacional porque en realidad sólo representa la parte formal de la verdadera decisión, que ya ha sido tomada por otro órgano o por el Tratado.

Existe una situación similar a la anterior que es el caso en el que una decisión del órgano supranacional recubre otra tomada a través del mecanismo interestatal, de tal forma que la primera se limita a transcribir la segunda. Los ejemplos en las Comunidades Europeas pueden ser todos aquellos casos en los que la Comisión está obligada hacer suya una decisión tomada por unanimidad por el Consejo. En estos casos, la decisión de la Comisión no puede apartarse ni modificar la del Consejo, por lo que aquélla no dispone de opción, ni, por tanto, tiene responsabilidad por ella.

Así, todas las veces que el órgano firma al pie de una decisión que no es más que la copia de la regla impuesta, de nada sirve que el órgano represente un mecanismo autónomo o que se halle investido de un derecho formal de decisión. Su decisión no es tal porque se limita a reproducir obligatoriamente lo que ya ha sido decidido por otro o por el tratado.

1.1.1.3. Tercera característica: el poder sobre los sujetos

La tercera gran característica de la supranacionalidad es el poder que tiene la organización sobre los sujetos. Efectivamente, ningún sector de la doctrina discute que la facultad concedida al orden comunitario de dirigirse inmediatamente tanto a los Estados como a los particulares sea el rasgo más característico y original de las organizaciones supranacionales. Algunos han llegado incluso a ver en esta particularidad una similitud de la organización supranacional con el Estado federal.

En el ámbito de las Comunidades Europeas, la amplitud de formas que presenta este poder inmediato las distingue sensiblemente del resto de las organizaciones que contaron o cuentan con una facultad relativa de dirigirse directamente a los individuos, aunque el establecimiento de un lazo directo entre la organización internacional y el individuo no es un invento comunitario. En el orden

internacional establecido por los tratados posteriores a la Primera Guerra Mundial, se puede citar la posibilidad concedida a los originarios de un país bajo mandato, de dirigirse directamente a la Comisión de Mandatos de la Sociedad de las Naciones y en nuestros días, el artículo 25 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos abre a los particulares la posibilidad de entablar recursos ante la Comisión, en el caso de violación de los derechos reconocidos en el Convenio, aunque todavía es necesario que el Estado demandado haya reconocido la competencia de la Comisión en esta materia.

El lazo jurídico de las Comunidades Europeas con los ciudadanos es doble, lo que se ha llamado por algunos "inmediación descendente" (órganos comunitarios-sujetos) y "ascendente" (sujetos-órganos-comunitarios)⁶⁶⁶: por un lado, el derecho comunitario se dirige directamente a una categoría de sujetos determinados en cada tratado. De esta forma, las decisiones comunitarias son aplicables a sus destinatarios directamente por el solo hecho de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Al lado de estas intervenciones de carácter general, existen otras de carácter individual que, como las anteriores, obligan a las personas físicas o jurídicas, sin pasar por las instancias nacionales.

El doble vínculo que une a las personas físicas y jurídicas con la Comunidad se presenta también en su forma "ascendente" a través de la posibilidad concedida a todos de solicitar de las Comunidades cuanta información técnica o económica se precise, lo que habitúa al solicitante a prescindir de la fuente informativa nacional tradicionalmente utilizada, para dirigirse a esa otra fuente comunitaria que, en adelante, sustituye a la primera.

Sin embargo, la relación "ascendente" más característica (posiblemente es la más intensa y típica de todas ellas) es la nutrida por el sistema de recursos ante el Tribunal de Justicia en el cual los particulares pueden dirigirse a este tribunal en recurso contra los actos en los cuales son destinatarios o por inacción de las instituciones comunitarias.

En palabras de Iglesias Buhigues, la intensidad de esta relación, junto al hecho de que la Comunidad actúe no sólo en el plano horizontal de relación "mediata" entre los Estados sino también en el plano vertical, sobre los individuos y grupos sociales, sin olvidar el vasto campo de información en todos sus aspectos, "hace pensar en que se tiende a sustituir las relaciones interestatales por las intracomunitarias o, mejor aún, por las interindividuales y confirman la existencia de un orden comunitario, distinto de los nacionales y que prefigura ya la Federación"⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 98.

⁶⁶⁷ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 99.

Esta relación Comunidad-individuos tan intensa está plasmada principalmente en dos principios rectores del derecho comunitario como son el de aplicabilidad directa de las normas comunitarias y el de primacía del derecho comunitario ya que, según éstos, las normas comunitarias, desde su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, tienen efecto y aplicación inmediata en los Estados y afectan la esfera jurídica de los ciudadanos de los países destinatarios, por un lado, y por el otro, el derecho comunitario se impone con prevalencia sobre el derecho interno, en el caso de conflicto en algún país miembro. Estos principios además deben complementarse con otros para que sean efectivos: el principio de seguridad jurídica y el de responsabilidad por incumplimiento de los Estados miembros. Ha sido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la propia doctrina jurídica comunitaria los que se han encargado de desarrollar estos principios, los que no trataremos aquí porque exceden los objetivos de este trabajo.

1.1.1.4. Otras características: los criterios de Pescatore y Schermers

Otras características fundamentales de la supranacionalidad han sido destacadas por Pierre Pescatore. Algunas de ellas se encuentran implícitas en la clasificación que acabamos de estudiar de Iglesias Buhigues.

La primera de ellas, en criterio de Pescatore, es la institucionalización. Para este autor, no es esta característica esencial para la supranacionalidad. Una relativa autonomía del poder de la organización puede ser lograda aún a través de las técnicas intergubernamentales no institucionalizadas con la introducción del procedimiento mayoritario. Aunque en este caso, en opinión de este autor, la voluntad de la organización es imperfectamente separada de la voluntad de los Estados participantes, un procedimiento de mayoría, sin embargo, hace esto posible por la eliminación del derecho a veto unilateral, para llegar a una decisión que no estará enteramente de acuerdo con la voluntad de cada uno de los países participantes⁶⁶⁸.

Obviamente, en consideraciones de Pescatore, la institucionalización del poder con la creación de órganos independientes, hace posible que tenga lugar un mayor énfasis en la autonomía de la voluntad. En una palabra, la institucionalización constituye un decisivo paso adelante, pero no por ello debe despreciarse la supranacionalidad conseguida a través de un procedimiento esencialmente intergubernamental⁶⁶⁹.

La segunda característica de la supranacionalidad, según Pescatore, es la intermediación del ejercicio de los poderes, o lo que es lo mismo, la capacidad de los órganos internacionales de penetrar la esfera de los Estados directamente por medidas legislativas, administrativas y judiciales

⁶⁶⁸ PESCATORE, *The Law of Integration...*, pp. 52-53.

⁶⁶⁹ PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 53.

aplicable a los ciudadanos de esos Estados. Esta definición eleva al efecto directo como criterio para caracterizar a la supranacionalidad. Sin embargo, esta es una concepción mucho más restringida en criterio de Pescatore. Es posible conseguir una voluntad autónoma supranacional aún si los Estados al final sirven como armas ejecutivas de tal voluntad⁶⁷⁰.

En otras palabras, para Pescatore, como en el caso de la institucionalización, parece que la intermediación también es una particular forma de expresión del poder supranacional, pero que aquí tampoco debemos cerrar los ojos a otras formas de acción las cuales, aunque menos aparentes para estar involucradas en procedimientos administrativos o litigios, sin embargo contienen una sustancia supranacional real. Esta consideración, como la anterior, debe además hacernos abrir los ojos a las más discretas y variadas formas de supranacionalidad⁶⁷¹.

La tercera característica a la que hace referencia Pescatore y que se consigue en casi toda la literatura sobre tema es el constreñimiento. De acuerdo con esta visión, no hay una verdadera supranacionalidad a menos que el poder de la comunidad pueda no solamente mantenerse por sí mismo en formas legales sino también imponerse por sí mismo exitosamente a los Estados.

En otras palabras, según Pescatore, de acuerdo con esta definición, no hay supranacionalidad si no hay una efectiva sanción. Esta concepción toma en cuenta tanto el criterio de la realidad como el de la autonomía del poder y está basado en concepciones federales donde es bien conocido el rol jugado en teoría por el concepto de la "ejecución federal". Ninguna federación es concebible a menos que tenga un aparato de poder capaz de contener las tendencias e inclinaciones hacia la secesión⁶⁷².

⁶⁷⁰ PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 53.

⁶⁷¹ PESCATORE, *The Law of Integration...*, pp. 53-54.

⁶⁷² Se pregunta Schermers ¿es la federación o la confederación en derecho constitucional lo mismo que la organización supranacional en derecho internacional? Según este autor, Jean Monnet, "the originator of the European Coal and Steel Community (ECSC)" en sus propias palabras, y Kohnstamm piensan que así es. Pero en general, en su criterio, es asumido que la organización supranacional es menos sólida que una federación. Si uno compara las Comunidades Europeas, dice Schermers, como la más conocida organización supranacional existente hoy, con los Estados federales en vigor, como, por ejemplo, los Estados Unidos de América, Canadá, Australia, Argentina, Brasil, México o Suiza, grandes diferencias aparecen. Si uno incluye en la comparación, por otro lado, la Constitución de la Comunidad del Este Africano, que está muy cercana a un Estado federal, y en el otro lado los ejemplos históricos de federaciones en sus etapas iniciales, como la Unión de Provincias de los Países Bajos, la Confederación Americana y el "Deutsche Bund", la diferencia es muy mínima. Hay diferencias, pero esas mismas también existen entre los Estados federales entre sí. La comparación con incipientes o imperfectas federaciones han dado a algunos autores a considerar a las Comunidades Europeas como unas "organizaciones prefederales" o como formas parciales de federación.

Mucho depende, por supuesto, como bien dice Schermers, de las definiciones bajo las cuales se hagan los análisis. Haas usa la noción de organizaciones supranacionales para las que tienen la estructura de la CECA. Cuando él compara ésta con el arquetipo de la federación, él llega a la conclusión de que la supranacionalidad en términos estructurales significa la existencia de

Sin embargo, frente a una concepción tan radical de supranacionalidad como ésta, Pescatore recomienda no cerrar nuestros ojos a las iniciales y débiles etapas de la evolución de la supranacionalidad, es decir, a las formas y estadios de la integración donde según él las soberanías nacionales todavía no están compartidas equitativamente. Una etapa donde amplios poderes están todavía mantenidos por los Estados miembros, donde tan intensos poderes de coerción en las manos de las instituciones supranacionales es todavía más inconcebible⁶⁷³.

Pescatore prefiere aprovechar el criterio de los estudiosos de las ciencias políticas quienes definen la supranacionalidad más desde el punto de vista de su efectividad que por su restricción. Este autor cree que los juristas harían bien familiarizándose con las formas de pensamiento que abran sus mentes al significado de un proceso que ya ha logrado una considerable sustancia, aún desde el punto de vista legal, teniendo ya conseguida la etapa de la perfecta coerción. En criterio de Pescatore, hay otras vías para lograr la supranacionalidad y tener capacidades de adoptar decisiones, sin ser un Estado, que el uso de la coerción, que sin embargo pueden tener niveles de autoridad⁶⁷⁴.

En nuestro criterio, los puntos de vista de Pescatore antes esbozados sobre lo que debe ser la supranacionalidad son muy discutibles y al final no nos sirven para llegar a una conclusión cierta de lo que debe contener fundamentalmente la supranacionalidad para considerarla como tal.

Ciertamente, estamos de acuerdo en que la existencia de institucionalización es algo muy relativo, que no necesariamente por sí sola da lugar a la supranacionalidad, pero al mismo tiempo no entendemos cómo puede considerarse la existencia de supranacionalidad actuando solamente la organización a través de técnicas intergubernamentales. Atención: no estamos diciendo cómo puede funcionar una experiencia integradora solamente a través de técnicas supranacionales sino cómo puede decirse que hay supranacionalidad si los mecanismos de funcionamiento que utiliza la organización son enteramente interestatales.

Es cierto que, independientemente de la estructura de los órganos comunitarios, lo que va a constituir el aspecto fundamental de la supranacionalidad no es ésta sino más bien el procedimiento que use tal estructura para la adopción de decisiones ya que si las decisiones se adoptan por mayoría en los aspectos fundamentales del acuerdo, este solo hecho implica que los Estados

autoridades gubernamentales cercanas al arquetipo de la federación, más que cualquier tradicional organización internacional, pero no idéntica a aquélla. Supranacionalidad en operación, en opinión de Haas, depende de la conducta de los hombres y los grupos de hombres. Es en este campo en la que la respuesta final tiene que ser encontrada (SCHERMERS, *ob. cit.*, pp. 30-31).

⁶⁷³ PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 54.

⁶⁷⁴ PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 54-55.

participantes han atribuido el ejercicio de sus competencias a la organización internacional porque, aunque estén en desacuerdo con la decisión adoptada, la minoría que haya votado en contra estará dentro del ámbito de aplicación de la decisión que se adopte en ese órgano.

Por supuesto, si este mecanismo de adopción de decisiones se completa con una estructura verdaderamente supranacional, en la cual los miembros del órgano u órganos representen a los intereses de la comunidad y no a los Estados, con independencia de los gobiernos de éstos, o aún representando a los Estados, el órgano manifieste independientemente su voluntad y decida con entera independencia de los países integrantes, tomando sólo en cuenta los intereses comunes, ello fortalecerá la supranacionalidad existente.

Respecto a la segunda característica expresada por Pescatore como es la inmediatez del derecho generado, obviamente compartimos su criterio de que es indispensable para considerar existente la supranacionalidad la existencia de la posibilidad de aplicación, efecto y eficacia directa e inmediata de las normas comunitarias a los Estados miembros y a sus ciudadanos. Lo contrario no sería sino una organización intergubernamental más.

Ahora bien, en relación con las ideas de este autor sobre la tercera característica de la supranacionalidad como es el constreñimiento a los Estados miembros, no consideramos fundamental para la supranacionalidad en los términos esbozados por Pescatore la existencia de este elemento ya que para él éste debe ser tan fuerte, casi militar, como existe en los Estados federales y esto en una integración supranacional no es posible, a menos que deje de serlo y pase a ser un federalismo o un nuevo Estado.

Consideramos que este elemento del constreñimiento es importante para la supranacionalidad en tanto y en cuanto permita a la comunidad actuar sobre los Estados para que cumplan sus obligaciones de forma que se puedan aplicar sanciones si no las cumplen, pero lamentablemente como en la supranacionalidad la soberanía sigue residiendo en los Estados, tal constricción no puede ser lo fuerte que puede darse en un Estado federal.

Pescatore menciona como razón para la necesidad de este elemento del constreñimiento en la supranacionalidad la aplicación de los principios federales, que para él subsisten en la supranacionalidad. Ciertamente, esta característica puede existir en un proceso de integración sin llegar todavía a constituirse un nuevo Estado, pero nunca será lo fuerte que puede ser en el federalismo y siempre será débil al lado de la existente en los sistemas federales. Cuando se constituye un Estado federal, la supranacionalidad deja de existir y se convierte en federalismo. Por esto, no consideramos indispensable para la existencia de la supranacionalidad que los órganos tengan mecanismos de aplicación coactiva de las normas a los Estados, similares a los que existen

en los Estados federales, porque en la integración supranacional estamos en presencia de Estados soberanos no fusionados.

En todo caso, lo que permite la existencia de la coacción en una organización internacional es que el proceso de integración funcione mejor, pero no su propia existencia, de manera que no haya los incumplimientos que se producen en las organizaciones internacionales clásicas. Es decir, la presencia de coacción lo que hace es reforzar la supranacionalidad existente, si la hay, tal como sucedió en las Comunidades Europeas donde hasta 1992 no habían mecanismos efectivos de coacción sobre los Estados salvo la acción de incumplimiento. Fue en ese año cuando se creó la figura de las multas a tanto alzado o coercitivas para sancionar a los Estados incumplidores. Antes de esto, no se podía negar que había supranacionalidad, pero era débil porque no permitía la actuación de la organización comunitaria sobre los Estados para obligarlos a cumplir sus obligaciones una vez declarado el incumplimiento.

Los Estados soberanos pueden crear una organización supranacional en la que no se cuente con mecanismos de constricción tan sólidos como los exige Pescatore. Justamente, si no se pudiera dar la supranacionalidad sin la presencia de este elemento, muy probablemente ello haría desistir a los Estados en participar en tal experiencia en resguardo de su soberanía. La existencia de coacción es necesaria en la supranacionalidad, pero no en los términos que los esboza Pescatore porque supranacionalidad no es lo mismo que federalismo y los Estados en aquélla siguen manteniendo su soberanía intacta, aunque limitada, y no dejan de existir como tales.

En este aspecto, estamos más de acuerdo con Henry Schermers, quien luego de esbozar como elementos de la supranacionalidad la obligatoriedad de las decisiones de la organización para los Estados miembros, la adopción de decisiones por la organización de una forma no dependiente de los gobiernos nacionales y la posibilidad de dictar normas directamente obligatorias para los habitantes de los Estados miembros, expresa como cuarto elemento de la supranacionalidad que la organización tenga el poder para compeler a los Estados a cumplir sus normas, lo cual debe ser posible aún sin la cooperación de los gobiernos y autoridades nacionales. Y agrega este autor que para ser completamente supranacional una organización internacional, ésta debe llenar todas las condiciones anotadas, incluyendo la autonomía financiera y la imposibilidad de retiro unilateral de los Estados de la organización, pero al mismo tiempo manifiesta sinceramente que una organización tan supranacional no existe. Por eso, el término supranacional puede usarse, en su criterio, en forma relativa, de manera que lo más cercano a llenar estas condiciones, lo más supranacional que será la organización, pero lo más lejano no significa que no exista⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ SCHERMERS, *ob. cit.*, 1980, pp. 28-29. En efecto, según este autor, "[t]he expression 'intergovernmental organization' is generally used for all public international organizations. (...) we use the word 'government' for the executive branch of the (national) government. For that reason, we use the notion 'intergovernmental organization' only for organizations established for co-operation between governments or between governmental organs. This covers all public international

Al igual que Pescatore, pero de una manera más clara, Schermers considera que la independencia en la adopción de las decisiones puede ser obtenida por la organización de dos vías: una, a través de la adopción de las decisiones por mayoría, de manera que los Estados miembros pueden ser obligados a ellas aún contra su voluntad; dos, por la composición de la estructura del órgano decisor por individuos independientes. Lo primero, en criterio de Schermers, puede ser peligroso en muchas organizaciones internacionales porque una mayoría de los votos de los miembros puede vetar decisiones de vital interés para la minoría, para promover asuntos de su interés relativamente poco importantes. Por eso, para un sistema de mayoría, Schermers considera que la responsabilidad común es esencial⁶⁷⁶.

organizations with the exception of supranational organizations, which also involve the legislature and the judiciary and even the citizens of their members. The main characteristics of the intergovernmental organizations are: (1) The powers of decision are exercised by delegates of the governments. (2) In important matters, governments cannot be bound against their will. Intergovernmental organizations strive at collaboration among governments, and are in no way superior to any of the participating governments. Sometimes, however, intergovernmental organizations can take binding decisions, but this is only possible with the unanimous approval of all Members. By voting against a decision a government can prevent its adoption.

(...) The following conditions should be required for the supranationality: (1) The decisions of the organization must be binding on the Member governments. (2) The organs taking the decisions should not be entirely dependant on the co-operation of all participating governments. Some independence may be obtained in two ways. First, by allowing binding decisions to be adopted by majority vote so that the Member States can be bound against their will. Second, by composing the decision-making organ of independent individuals. The first may be dangerous in many international organizations. A majority of the Members' votes could veto the vital interest of the minority, in order to promote relatively unimportant interest of their own. (...) For a system of majority voting to be effective, a common responsibility es esencial. Therefore, an organ of independent individuals should at least play some part in the decision making process (...), as long as governments do not consider themselves responsible for the well-being of the populations of the other Member States. (3) The organization should be empowered to make rules which directly bind the inhabitants of the Member States. This power enables the organization to exert governmental functions without the co-operation of the national governments. (4) The organization must have the power to enforce this decisions. Enforcement should be possible even without the co-operation of the governments of the States concerned. It may well be possible that other organs of the Member States are used. A national parliament and the national judiciary may coerce their government to fulfill its obligations to the international organization. (5) The organization should have some financial autonomy. The financing of international organizations from funds entirely subscribed by the Member States leads to a dependence extending beyond the purely financial field. By denying its additional staff, or necessary equipment, the governments could limit the activities of the organization through their budgetary powers. (6) Unilateral withdrawal should not be possible. In a supranational organization the Members should not even have the power collectively to dissolve the organization or to amend its powers without collaboration of the supranational organs. The organizations cannot rank above its Members as long as its depends on their agreement for its continuing existence" (SCHERMERS, *ob. cit.*, pp. 41-43).

⁶⁷⁶ SCHERMERS, *ob. cit.*, p. 28.

1.1.1.5. Nuestro criterio sobre la supranacionalidad

En general, podemos decir, como ya hemos venido adelantando, que constituyen principios y características fundamentales de la supranacionalidad, en primer lugar, la autonomía de las instituciones comunitarias, que le permite a la organización dictar normas obligatorias a los Estados miembros. Tal autonomía e independencia puede lograrse con una estructura independiente y ajena a las influencias de los gobiernos de los Estados miembros y con la creación de un procedimiento de adopción de decisiones en el que se dicten las resoluciones fundamentales a través de la regla de la mayoría. Esto es indispensable para que exista supranacionalidad porque es la manifestación más palpable de la atribución del ejercicio de las competencias por los Estados a la organización comunitaria. Ello permite que los países en desacuerdo con una decisión no puedan oponerse a la aplicación de la misma si son minoría, aunque esto no obsta para que en ciertos casos se apliquen las técnicas intergubernamentales de la unanimidad o el consenso, que no permiten dictar una decisión si no están todos de acuerdo.

En segundo lugar, otro aspecto que en nuestro criterio es fundamental para la existencia de la supranacionalidad es que aplicación inmediata del ordenamiento jurídico comunitario en los Estados miembros y sus ciudadanos. Esto quiere decir que las normas adoptadas por la organización tengan incidencia inmediata y directa en la esfera jurídica de los Estados y la de sus ciudadanos, aunque en algunos casos sea necesaria la intervención de aquéllos, a través de la ejecución o desarrollo interno, lo que, en todo caso, será decisión de los órganos comunitarios y no de los poderes públicos nacionales. Esto no debe impedir, aunque bajo ciertas condiciones, que haya incidencia directa e inmediata del derecho comunitario.

Así, desde su publicación en el órgano oficial de la comunidad de que se trate, las decisiones comunitarias tendrán influencia directa e inmediata en la esfera jurídica de los Estados miembros y sus ciudadanos, y no pueden aquéllos oponerse a tal incidencia directa a través de actos internos, ni por requerirse la publicación oficial de cada Estado en su órgano nacional, lo que inclusive se considera prohibido, para que esta inmediación de las normas comunitarias sea posible.

Para complementar estas características fundamentales, sobre todo esta última de la incidencia inmediata del derecho comunitario, que incluye la aplicación y el efecto directo de sus normas, se erigen otros principios rectores como la primacía de las disposiciones comunitarias sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en caso de conflictos entre ambos y la seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario en los derechos nacionales, además del principio de la responsabilidad a que antes hicimos referencia.

Otra característica que para nosotros es importante para el buen funcionamiento de la supranacionalidad y su eficacia es la coacción que puede ejercer la organización sobre los Estados

miembros para hacer cumplir sus decisiones, la cual, sin embargo, no puede exigirse que sea tan fuerte como puede serlo en los Estados federales. Ello porque en la supranacionalidad los Estados siguen teniendo autonomía y soberanía plena en la totalidad de sus materias, inclusive en las que hay atribución de ejercicio de competencias, lo que no desaparece por el hecho de que se incorporen a una organización de este tipo. No obstante, al menos debe haber un mínimo de posible coacción de la organización sobre los Estados miembros, lo que la va a diferenciar de las organizaciones intergubernamentales.

Tal como dice Schermers, la organización supranacional es menos sólida que una federación⁶⁷⁷, por lo que no se puede exigir para que haya supranacionalidad que sea necesaria la presencia de una coacción como la que existe en los Estados federales. Lo que más podría decirse es que las organizaciones supranacionales son una especie de "organizaciones prefederales" o formas de "federación parcial"⁶⁷⁸, pero no una federación en todo el sentido del término, por lo cual en la supranacionalidad la coacción necesariamente será más débil que en los Estados federales. Pero, aún así, un mínimo de coacción de la comunidad sobre los Estados miembros debe existir para que haya supranacionalidad.

Como características de la supranacionalidad Schermers menciona a dos que ningún otro autor saca a relucir, quienes se limitan a los tres anteriores. Efectivamente, Schermers agrega que la organización supranacional debe tener alguna autonomía financiera porque el financiamiento de las organizaciones internacionales de fondos procedentes de los Estados miembros lleva a una dependencia que se extiende más allá del puro campo financiero ya que los gobiernos pueden limitar las actividades de la organización a través de sus poderes presupuestarios⁶⁷⁹.

La otra característica fundamental que según Schermers debe tener la supranacionalidad es la imposibilidad de retiro unilateral de la organización por parte de los Estados miembros sin que intervenga la organización y ni siquiera los miembros deben tener el poder colectivo de disolver la misma o hacer reformas en sus poderes sin la colaboración de los órganos supranacionales. Agrega Schermers que la organización no puede posicionarse sobre sus miembros tanto como éstos dependen de su acuerdo para su continua existencia⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ SCHERMERS, *ob. cit.*, p. 30.

⁶⁷⁸ Las dos expresiones son de SCHERMERS, *ob. cit.*, p. 31.

⁶⁷⁹ SCHERMERS, *ob. cit.*, pp. 28-29.

⁶⁸⁰ SCHERMERS, *ob. cit.*, p. 29.

En nuestro criterio estas últimas características, si bien son muy importantes y pueden reforzar la supranacionalidad derivada de las tres anteriores, no consideramos que sean indispensables para la existencia de la supranacionalidad ya que pueden darse organizaciones con este último atributo sin que tengan autonomía financiera, porque lo importante, no es tanto que tengan autonomía para obtener los fondos para su funcionamiento con independencia de los Estados miembros, sino que puedan manejar y administrar los fondos obtenidos de cualquier vía con independencia de aquéllos. La autonomía financiera es si se quiere un ideal en toda organización porque aumenta su independencia, pero de ninguna manera debe entenderse que sea un elemento esencial para la existencia de supranacionalidad en una organización internacional.

Tampoco en nuestro criterio es posible pensar que los Estados miembros no puedan retirarse de la organización supranacional cuando lo deseen o cuando la misma atente contra sus intereses nacionales, aún cuando el tratado no diga nada, ya que éstos mantienen su plena soberanía y solamente lo que le han atribuido a la organización es el ejercicio de algunas de sus competencias. De manera que pretender que los Estados no pueden sustraerse de un acuerdo de integración supranacional es excesivo considerando que los Estados mantienen su propia personalidad y no estamos en presencia de un federalismo, y aún considerando que la supranacionalidad puede compararse con el federalismo o ser una etapa prefederal, tampoco puede sostenerse que no sea posible que un Estado pueda separarse de un acuerdo de este tipo porque los Estados mantienen autonomía en ciertas áreas, que no desaparecen totalmente. No se puede negar, no obstante, que en el federalismo es más engorroso y difícil que esto ocurra por existir un poder federal con amplios poderes coactivos que, a diferencia de las autoridades supranacionales, es también soberano y tiene potestades propias.

1.1.2. La integración y la cooperación

De acuerdo con el derecho internacional clásico, los Estados y demás miembros de la comunidad internacional recurren a la cooperación intergubernamental para enfrentar o evitar los problemas comunes. Esta forma de las relaciones internacionales se basa en la colaboración o coordinación entre los Estados, en la que no se imponen decisiones sino que todo se hace a través de acuerdos, a ser cumplidos en forma voluntaria por los países involucrados, respetándose la soberanía de cada uno de ellos.

Efectivamente, a medida que la sociedad internacional se hizo más compleja, no sólo por la aparición de nuevos Estados sino por la creación de nuevas figuras jurídicas como fueron las organizaciones internacionales, los miembros de esta sociedad se vieron en la necesidad de relacionarse de una manera tal que ello no perjudicara su soberanía. Los Estados llegaron a la

conclusión de que no podían resolver todos sus asuntos dentro del ámbito de su territorio sino que era necesaria la colaboración entre ellos cuando la cuestión trascendiera su ámbito de actuación soberana.

Así, aparece lo que ha dado en llamarse la cooperación intergubernamental, la que en criterio de Antonio Remiro Brotons existe cuando "cuando dos o más sujetos de Derecho internacional conciertan y ejecutan una acción para satisfacer un interés común". Se trata, entonces, realmente de un medio o instrumento para lograr objetivos o metas mayores, "es una actitud, una forma de comportamiento, un patrón de conducta, un principio procesal que (...) cumple la misión auxiliar, pero vital, de hacer realidad los propósitos proclamados por los otros principios fundamentales del Derecho internacional"⁶⁸¹.

El profesor Gregorio Garzón Clariana, citando el Diccionario de la terminología del Derecho Internacional de Basdevant, considera como cooperación a la "[a]cción coordinada de dos o varios Estados en vista de alcanzar resultados que juzgan deseables", por lo que requeriría para producirse "la concurrencia de tres elementos: una pluralidad de sujetos cooperantes, una actividad, y unos fines determinados"⁶⁸².

De acuerdo a la cooperación intergubernamental, que es una de las formas como se llama a esta manera de entendimiento por no ser posible su existencia sin la presencia de intergubernamentalidad como vamos a ver, los Estados aceptan realizar una acción o abstenerse de ella a cambio de hacer u omitir algo similar o de semejante importancia por parte del otro u otros miembros involucrados en el acuerdo. Es por lo que en la cooperación uno de los principios más importantes que rige su funcionamiento como forma de entendimiento internacional es el de la reciprocidad. En principio, en los convenios de cooperación intergubernamental no hay autoridades "superiores" que deciden por los Estados firmantes del acuerdo, ya sea éste bilateral o multilateral, que están en igualdad de condiciones en virtud de que cada uno está en ejercicio de su propia autonomía, independencia y soberanía⁶⁸³.

⁶⁸¹ REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, 1º reimpresión, Madrid, 1983, p. 277.

⁶⁸² GARZON CLARIANA, Gregorio, "Sobre la noción de cooperación en el Derecho Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXIX, Nº 1, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1976, p. 53.

⁶⁸³ Según Juan Mario Vacchino, "el concepto de cooperación se emplea de manera amplia y flexible para definir el conjunto de principios y criterios que regulan las relaciones económicas entre naciones, ya se trate de países de distinto nivel de desarrollo (relaciones de cooperación entre países industrializados y en desarrollo) o entre países del mismo nivel (caso de los países en desarrollo o de la denominada cooperación Sur-Sur, de carácter económico o tecnológico, entre otros)" (VACCHINO, Juan Mario, "Integración, cooperación y concertación en América Latina", *Síntesis*, Madrid, 1987, p. 58).

La cooperación intergubernamental es una forma de entendimiento entre los miembros de la sociedad internacional en la que no hay una modificación importante de la estructura tradicional de ésta, motivo por el cual se concibe y se desarrolla a partir de la noción de la soberanía del Estado, la cual respeta.

Gregorio Garzón Clariana, citando a un Primer Ministro francés, considera que "[l]a cooperación no se impone, se propone"⁶⁸⁴, con lo cual los Estados pueden aceptar o rechazar libremente las ofertas de cooperación que reciban y aún ya dentro de ella, aquéllos cumplen a su entender lo que más le conviene, aunque el ejercicio de esta libertad se vea muchas veces afectado por condicionamientos que pueden llegar hasta constituir un auténtico estado de necesidad.

Es por lo anterior que Remiro Brotons destaca algo muy cierto: si bien la cooperación y la soberanía van de la mano, al final aquélla termina de facto erosionando a ésta "porque provoca dependencias frente al exterior, suscita hábitos de negociación y acuerdo, plantea una dinámica de actuaciones colectivas y exige la más de las veces una institucionalización que acarrea una evolución expansiva de la Organización que atrae competencias e intereses y una marginación peligrosa de los Estados que no están dispuestos a incorporarse al sistema establecido"⁶⁸⁵.

Algo similar señala Garzón Clariana cuando dice que en ciertos sectores de la doctrina se ha mantenido la existencia de una antinomia o contradicción entre cooperación y soberanía y que en el marco de la cooperación intrabloque el concepto de soberanía ha sufrido "una devaluación sensible" y la independencia y la igualdad soberanas se han convertido en "ficticias", pues esa cooperación "redundaría en una intervención en los asuntos internos y externos de los Estados participantes". Por último, destaca Garzón, en el contexto de la cooperación para el desarrollo "se ha advertido la presencia de una "cooperación desigual", expresión que nos trae el eco de la noción ya añeja pero aún vaporosa de "tratados desiguales"⁶⁸⁶.

Estas salvedades, sin embargo, en nuestro criterio son sólo aparentes porque la igualdad soberana de los Estados es un principio de garantía, de protección y de técnica jurídica que se

⁶⁸⁴GARZON CLARIANA, *ob. cit.*, p. 54.

⁶⁸⁵ Destaca Remiro Brotons que no sólo cooperan los Estados en la organización internacional, sino que lo hacen también con la organización internacional, por lo que de "habitáculo de la cooperación multilateral se transforma, llegado el caso, en *patrón o partenaire* de los Estados". "Nacidas de su voluntad soberana, su personalidad y competencias se someten a un proceso histórico que, como tal, es complejo y empírico, y en el que influyen, de una parte, las divergencias y convergencias de los miembros y, de otra, el *poder* de los *grupos* –abiertos o institucionalizados– que tonalizan a la Organización y la autonomía operativa –legal y real– de que ésta disfruta" (REMIRO BROTONS, *ob. cit.*, p. 283).

⁶⁸⁶ GARZON CLARIANA, *ob. cit.*, p. 55.

mantiene en la cooperación intergubernamental y cada Estado decidirá si respetar o no, desde la óptica de sus propios intereses y su propia soberanía, a las normas internacionales y echará mano de su soberanía cuando así le convenga. La cooperación no afecta las consideraciones tradicionales de la soberanía del Estado.

Pareciera más bien que las razones que afectan a la soberanía estatal en la cooperación intergubernamental son de hecho y no de derecho. La cooperación y la soberanía son, pues, como lo apunta Remiro Brotons, "elementos copulativos"⁶⁸⁷ ya que los Estados cooperan desde su libertad e igualdad jurídica. La cooperación permite que los Estados puedan seguir coexistiendo, respetándose mutuamente y colaborando en la satisfacción de intereses comunes a sus respectivas políticas estatales.

Lo que sí parece innegable, haciendo abstracción de las anteriores consideraciones jurídicas, es que en los hechos los Estados no son todos iguales en la esfera internacional y esa desigualdad tiende a proyectarse en los convenios de cooperación que entre ellos se establecen. No todos los Estados tienen el mismo peso en el ámbito internacional y en la gestión de los tratados, y menos en la negociación de los mismos. Tampoco esos Estados van a obtener iguales beneficios de éstos. Por esto, en muchos casos se arrancan a los Estados débiles prestaciones en las que se amenaza seriamente su soberanía, aunque lo hagan por su propia voluntad, y cuando éstos no las aceptan, se establece una especie de cerco sobre él por parte de los demás Estados poderosos, que al final terminan por hacer que aquél acepte tales condiciones, en una especie de cooperación simulada, que más que cooperación parece más una dominación como lo menciona el profesor Chaumont⁶⁸⁸.

La cooperación intergubernamental puede tener distintos grados o intensidades, de acuerdo con las técnicas que se utilicen. Puede ir desde un tratado entre dos países, que es la cooperación bilateral, sin la creación de ninguna organización de carácter permanente, la cual sería la mínima forma para considerar su existencia, hasta los acuerdos multilaterales, llamada cooperación multilateral, que pueden dar lugar a la creación de instituciones internacionales. En estas últimas, se procede a la constitución de una nueva persona jurídica o una estructura sin personalidad jurídica, que, en cualquier caso, no estará por encima de sus miembros.

1.1.2.1. La intergubernamentalidad

Dentro de las técnicas que se utilizan en la cooperación internacional -llamadas intergubernamentales porque se trata de formas de actuación entre los Estados miembros a través de

⁶⁸⁷ REMIRO BROTONS, *ob. cit.*, p. 278.

⁶⁸⁸ Citado por GARZON CLARIANA, *ob. cit.*, p. 56.

sus gobiernos, en las que éstos actúan en su propio interés y representación, y no en interés de la organización internacional o como parte de ésta-, las más importantes son las que se utilizan para la adopción de decisiones. Entre éstas destaca la regla de la unanimidad, que tiene como principal inconveniente que cada Estado miembro goza de un derecho a veto, lo que puede hacer muy difícil la adopción de resoluciones. Esta es la técnica intergubernamental por excelencia porque con la negativa de un solo país a suscribir la decisión, ésta no puede adoptarse.

Sin embargo, con la evolución de la cooperación y de las organizaciones internacionales, la exigencia del consentimiento de todos los Estados miembros, propia de la regla de la unanimidad estricta, va a conocer ciertas moderaciones destinadas a reducir su efecto paralizador. Han ido apareciendo distintos métodos destinados a suavizar el carácter riguroso de la regla de la unanimidad y ha sido el objetivo del denominado método de la disidencia, según el cual la decisión adoptada sólo es aplicable a aquellos Estados miembros que hayan votado a favor de la misma, de manera que los Estados que votan en contra o se abstienen en la votación se sustraen de su ámbito de aplicación.

Igualmente, se ha introducido con los mismos fines la regla de la abstención constructiva, según la cual las abstenciones que se produzcan en la adopción de decisiones que requieran unanimidad, no impedirán la producción del acto correspondiente⁶⁸⁹

Frente a la unanimidad, la regla de la mayoría, la cual puede ser simple (la mitad más uno de los votos emitidos) o cualificada (2/3 de los votos usualmente o una mayoría aún más importante en la que intervengan los Estados representativos de todos los grupos existentes en la organización, según el órgano de que se trate y según la materia sobre la que se delibere). Implica que los países que hayan votado en contra de la decisión adoptada, igualmente deberán cumplir lo decidido.⁶⁹⁰

Este procedimiento, obviamente, va a facilitar la aprobación de las resoluciones, pero tiene como inconveniente, como lo destaca Manuel Díez de Velasco, sobre todo en las organizaciones que cuentan con muchos miembros, "que pueden convertirse en decisiones puramente formales difíciles de aplicar a los Estados en situación de minoría"⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Véase, por ejemplo, artículo 205.3 TCE. Igualmente, en el pilar de la Política Exterior y Seguridad Común (PESC) se utiliza un mecanismo similar.

⁶⁹⁰ Independientemente del perjuicio que sobre la minoría pudiera considerarse que causa la regla de la mayoría, ésta tiene por objeto facilitar el proceso de adopción de decisiones entre los Estados y de mantener su objetividad previniendo la introducción de aspectos no relacionados con la materia de la decisión (PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 13).

⁶⁹¹ DIEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 101.

La regla de la mayoría significa para algunos, especialmente a los Estados en minoría, una pérdida de parte de la plenitud del ejercicio de su soberanía, aunque no la soberanía misma, ya que reduce las áreas de actuación interna al tener que cumplir decisiones en las que no han estado de acuerdo. Por ello, cuando los Estados consienten en ajustar su comportamiento a decisiones en cuya formulación no ha contado su voluntad positiva y atribuyen, además, a una institución permanente el ejercicio de competencias estatales cuyos órganos, o algunos de ellos, tienen un poder de decisión vinculante para sus destinatarios, ya no puede hablarse de cooperación⁶⁹².

Para evitar los inconvenientes de la regla de la mayoría en las organizaciones internacionales clásicas, se han introducido en ciertas organizaciones distintos correctivos, como ya adelantamos, tales como la ponderación de los votos y una nueva concepción del derecho de veto que significa que lo disfrutaban ciertos Estados para moderar la regla de la mayoría, como sucede con los cinco Estados permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que pueden impedir, cada uno de ellos con su voto negativo, la adopción de decisiones que exigen una mayoría de votos de los miembros de este órgano.

También cabe destacar el método del consenso o acuerdo general, que consiste en la adopción de una decisión dentro de la organización internacional sin recurrir a la formalidad de la votación. Para ello, el Presidente del órgano de que se trate o el portavoz de un grupo de Estados miembros del mismo, negocia un proyecto de texto con las distintas delegaciones hasta que constata que este proyecto no suscita ninguna objeción importante por parte de ninguno de los Estados y declara que la decisión puede ser adoptada por consenso⁶⁹³.

⁶⁹² Respecto a las técnicas intergubernamentales y dentro de la propia cooperación internacional, es interesante la distinción que hace el profesor Antonio Remiro Brotons entre cooperación y subordinación. Según este autor, la aceptación de la obligatoriedad de una resolución para quienes la votaron a favor o no se oponen a ella en un plazo determinado o para todos los miembros cuando han sido aprobadas por unanimidad en el seno de un órgano plenario, no altera el esquema de cooperación. En cambio, la obligatoriedad de resoluciones aprobadas por mayoría o por órganos restringidos para los Estados que votaron en contra o no estaban representados supone un desplazamiento, más o menos largo según las circunstancias, de la cooperación a la subordinación. Este autor menciona como ejemplo el sistema de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional que responde al esquema de la cooperación de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad -que disponen del derecho de veto- y a la subordinación de todos los demás, que han de cumplir sus decisiones (REMIRO BROTONS, *ob. cit.*, p. 282).

⁶⁹³ Famoso es el llamado caso de "la silla vacía" como resultado de la crisis en el Consejo de las Comunidades Europeas acaecida entre 1965 y 1966, debido a la negativa de Francia de aplicar la regla de la mayoría en las decisiones de ese órgano europeo, motivo por el cual ese país no asistió durante varios meses a las deliberaciones del Consejo, hasta que se firmó el "Compromiso de Luxemburgo" el 29 de enero de 1966, llamado "acuerdo para estar en desacuerdo" ("agreement to disagree" como se le llamó en inglés), según el cual no podía aplicarse la regla de la mayoría sino la unanimidad cuando estaban involucradas materias de especial interés para alguno de los países miembros. Para los representantes de los demás países (no Francia), de lo que se trataba era de intentar la unanimidad, pero si ello no era posible debía aplicarse la regla de la mayoría establecida en el Tratado. Distinto pensaban los franceses, para quienes si no era posible la unanimidad, no

El método del consenso, según Manuel Díez de Velasco, "constituye, por tanto, un método basado en el diálogo y el compromiso de grupos de Estados (por ejemplo, entre países industrializados y países en desarrollo), que favorece la búsqueda de fórmulas aceptables por todas las partes de la negociación, lo que lleva a veces a textos de contenido vago o ambiguo que puedan prestarse a interpretaciones diversas", que se asemejaría a una unanimidad tácita, aunque en criterio de Díez de Velasco, "no se trata estrictamente de un sistema de unanimidad puesto que la ausencia de votación permite la aprobación del texto sin que los Estados deban mostrar expresamente su acuerdo respecto del mismo, basta con que no obstaculicen su adopción"⁶⁹⁴. En cuanto al valor o efecto jurídico de las resoluciones adoptadas por consenso, éste será el mismo que si hubieran sido aprobadas por votación.

Ahora bien, respecto a la regla de la unanimidad y a la de mayoría que, si bien se trata de formas típicas de adoptar decisiones en los convenios de cooperación internacional y los supranacionales respectivamente, hay que hacer matizaciones. No siempre que se prevé la adopción de decisiones por unanimidad significa que estemos en presencia de un tratado de cooperación internacional, ni siempre que se prevé la aplicación de la regla de la mayoría significa que existe un régimen supranacional. Es posible que, aún tratándose de procesos de este último tipo, se utilice la regla de la unanimidad para ciertas decisiones.

Esta situación ocurre, por ejemplo, en la Comunidad Europea, en la que, pese a tratarse de un proceso supranacional, y es indudable que es así, se ha previsto la utilización de la regla de la unanimidad para adoptar ciertos actos⁶⁹⁵. No obstante, las decisiones comunitarias más importantes se ha previsto la utilización de la regla de la mayoría, la cual puede ser simple⁶⁹⁶ o cualificada⁶⁹⁷. Entonces, coexisten en esta Comunidad tanto las técnicas supranacionales de adopción de decisiones, típicas de

podía adoptarse la decisión. En cualquier caso, ambas posiciones se mantuvieron en su lugar en el Compromiso de Luxemburgo, aunque éste refleja el deseo de ambas partes de no llegar a los extremos (PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 12).

⁶⁹⁴ DIEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 102.

⁶⁹⁵ En efecto, bajo régimen comunitario, existen gran cantidad de decisiones en las que se aplica la regla de la unanimidad como, por ejemplo, en el artículo 18 TCE (sobre libertad de circulación de personas). Respecto a los demás casos en los que se utiliza en la Unión Europea la regla de la unanimidad, puede verse GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, RICARDO ALONSO GARCIA y ANTONIO TIZZANO, *Código de la Unión Europea*, Editorial Cívitas, Madrid, 1996, pp. 690-691.

⁶⁹⁶ Véase, por ejemplo, el artículo 205.1 TCE, que establece la regla de la mayoría simple para la adopción de actos por el Consejo.

⁶⁹⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 205.2 TCE.

este tipo de procesos, con las técnicas intergubernamentales como la regla de la unanimidad, sin que ello modifique la original naturaleza comunitaria del Tratado⁶⁹⁸.

Por otro lado, puede darse el caso de que se utilicen técnicas supranacionales en un tratado de cooperación intergubernamental, esto es, en el que no ha habido la atribución a la organización creada por los Estados miembros del ejercicio de competencias nacionales, lo cual no significa que por ello nos encontremos ante un proceso supranacional⁶⁹⁹.

También pueden encontrarse, como ya mencionamos, los casos en los que, aunque se prevea la utilización de la regla de la mayoría para la adopción de decisiones, sin embargo se establezca al mismo tiempo que los países que hayan votado en contra o se abstengan en la votación se sustraigan de su ámbito de aplicación. Con ello, además de aligerar la adopción de decisiones, no se afecta la soberanía de esos países.

Como puede verse, la utilización de la técnica de la mayoría no desvirtúa por sí sola la naturaleza intergubernamental de un acuerdo internacional⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ De hecho, durante mucho tiempo la Comunidad Europea adoptaba sus decisiones por unanimidad en muchos casos hasta que en el Acta Unica Europea los Estados miembros acordaron el voto por mayoría en aspectos fundamentales del proceso europeo, lo cual se ve reflejado en el famoso artículo 100.a TCE (hoy artículo 95 TCE), en contraste con el artículo 100 *ibidem* (hoy artículo 94 TCE). Sin embargo, los Estados miembros rechazaron una propuesta para revocar definitivamente el Compromiso de Luxemburgo y pese a que este sistema de votación establecido en el artículo 100.a TCE fue concebido como una excepción, "la opinión que prevalece es la de que el artículo 100.a y se ha convertido en el procedimiento "por defecto" para la mayor parte de la legislación sobre mercado interno, y el procedimiento de los otros artículos es una excepción", de manera que se "quiere decir que se acudirá a la votación por mayoría, salvo allí en donde específicamente se le haya excluido, para todas las medidas precisas para lograr el objetivo de un mercado interno", definido éste por el artículo 7.a TCE (hoy artículo 14 TCE) como "un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada", motivo por el cual la exigencia del voto por mayoría "extiende el alcance del procedimiento del artículo 100.a más allá de la armonización de los criterios técnicos que afectan al libre movimiento de mercancías". El resultado neto es, como dice Weiler, "el de que existen pocos casos que puedan obligar a acudir a la antigua base jurídica, que exigía la unanimidad" (WEILER, *Europa Fin de...*, pp. 92-93).

⁶⁹⁹ Véase el artículo 34.2 c) y d) TCE como ejemplo en el que se establece la utilización de la regla de la mayoría en uno de los pilares no comunitarios de la Unión Europea (cooperación policial y judicial en materia penal).

⁷⁰⁰ En el Título V del Tratado de la Unión Europea (Política Exterior y de Seguridad Común) se establece un sistema decisorio de naturaleza básicamente intergubernamental, descansando el sistema en el Consejo, con un Secretario General ejerciendo las funciones de Alto Representante, funcionando en régimen de unanimidad, salvo para el desarrollo de estrategias, acciones o posiciones previamente adoptadas por unanimidad –por el Consejo Europeo o el Consejo de la Unión–, que admite la mayoría cualificada, con posibilidad de veto provisional "por motivos importantes y explícitos de política nacional", sometido a la decisión última del Consejo Europeo por unanimidad (al respecto, véase ALONSO GARCIA, Ricardo, *Tratado de Amsterdam*, Editorial Cívitas, Madrid, 1998, p. XX).

Igualmente puede suceder, como en la Unión Europea, que en un mismo proceso de integración, entendido como macro-proyecto⁷⁰¹, se utilice, no sólo técnicas intergubernamentales dentro de aquellos acuerdos de naturaleza comunitaria, sino también mecanismos de cooperación intergubernamental paralelos a los primeros y no por ello el macro-proyecto deja de ser de supranacional⁷⁰².

En efecto, en la Unión Europea coexisten, como parte de un mismo proceso, los llamados pilares comunitarios, que son las tres Comunidades Europeas, los cuales utilizan cada una de ellos tanto técnicas supranacionales como intergubernamentales en forma simultánea para su funcionamiento, y los pilares extracomunitarios, en los que se utiliza la cooperación intergubernamental como mecanismo de entendimiento principal entre los Estados miembros, pero a su vez son empleadas tanto técnicas interestatales propias de su naturaleza y las técnicas supranacionales⁷⁰³.

Así las cosas, en el macro-proyecto de integración regional llamado Unión Europea se emplean mecanismos supranacionales principalmente, que fueron los que le dieron origen (las Comunidades Europeas), y por mecanismos de cooperación intergubernamental en asuntos policiales y judiciales en

⁷⁰¹ Decimos "macro-proyecto" para hacer referencia a aquellos casos en los que un proceso de integración regional es un sistema en el que coexisten con un mismo objetivo finalista varios acuerdos de distinta naturaleza que se interrelacionan entre sí, para lograr todos el fin único: la integración de los países involucrados.

⁷⁰² Esto en el supuesto de que el acuerdo que dio origen al sistema sea de naturaleza supranacional, de manera que los demás acuerdos apoyan o coadyuvan en el logro de los fines del primero. Si el sistema se origina de convenios de cooperación internacional entre varios Estados, sin ninguna ambición de transformación en acuerdos más complejos o avanzados, tampoco la utilización de técnicas supranacionales eliminará la naturaleza intergubernamental del sistema, que sigue siéndolo aunque para lograr los fines de la original cooperación se apoya en mecanismos supranacionales. Ya hemos visto que para que un proceso de integración sea comunitario es necesario que cumpla varios requisitos, unos indispensables y otros complementarios que refuerzan la supranacionalidad.

⁷⁰³ La mayoría de los autores sostienen que los pilares de la Unión Europea son tres: el pilar comunitario (las tres Comunidades) y los dos pilares extracomunitarios, paracomunitarios o intergubernamentales (el ahora cooperación policial y judicial en materia penal y la política exterior y seguridad común o PESC). Estamos de acuerdo con Ricardo Alonso García cuando sostiene "si lo que se pretende destacar es el diferente funcionamiento según cánones de supranacionalidad o de cooperación intergubernamental, habría realmente que hablar de dos únicos pilares (...) y si lo que se intenta destacar es la diferencia material de los sectores cubiertos, entonces la referencia tendría que ser la de cinco pilares, dedicados a la integración socio-económica general, al carbón y al acero, a la energía atómica, a la diplomacia y la defensa, y, finalmente, a la justicia y los asuntos de interior" (ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 31).

Así, consideramos realmente que los pilares de la Unión Europea deben considerarse que son, o dos (el pilar comunitario, constituido por las tres Comunidades y el pilar extracomunitario, constituido por la nueva cooperación policial y judicial en materia penal y la política exterior y de seguridad común (PESC) o cinco (tres pilares comunitarios -las tres Comunidades- y dos pilares de cooperación -la policial y judicial en materia penal y la PESC-).

materia penal y en la política exterior y de seguridad común (la PESC), respecto a los que las instituciones comunitarias varían su forma de actuación y de adopción de decisiones⁷⁰⁴.

En este orden de ideas, el proceso de integración europeo no deja de ser comunitario porque coexistan mecanismos de cooperación intergubernamental al lado de los supranacionales propiamente dichos que le dieron origen, ya que se trata de un macroproyecto en el que todos esos aspectos están interrelacionados y ayudan a que la integración europea, visto como proceso y como sistema, sea más sólida y fuerte. Luego, probablemente, a mediano plazo, esos mecanismos de cooperación se comunitaricen y pasen a tener características más cercanas a la supranacionalidad⁷⁰⁵.

⁷⁰⁴ Para un autor tan reconocido como Joseph H. H. Weiler, la estructura del Tratado de la Unión Europea no está caracterizada ni por la unidad ni por la separación como encapsulada "en la metáfora de los tres pilares". Una mejor metáfora, tomada de la teología, sería aquella de la "Trinidad" *both one and three at the same time*. El diseño político de las conferencias intergubernamentales fue suficientemente claro, en criterio de Weiler. Por un lado, hubo un deseo de proceder en una más cooperativa y europea manera en asuntos como los de interior y justicia, y de política exterior y de seguridad común. Por otro lado, existió miedo a llevar estos asuntos dentro de la disciplina comunitaria *strictu sensu*. De allí, la creación de una elaborada estructura de una unión "enigmáticamente fundada" en las Comunidades Europeas, complementada por las políticas y formas de cooperación establecidas en el Tratado de la Unión Europea, en particular la Cooperación en los Ambitos de Justicia e Interior, hoy convertida, desde el Tratado de Amsterdam, en Cooperación Policial y Judicial en materia penal, y la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Para poner de relieve la separación de las "complementarias" políticas y formas de cooperación, el Tratado de la Unión Europea estableció que las previsiones de los Tratados sobre los poderes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el ejercicio de esos poderes solamente aplicarán en lo que respecta a las Comunidades como tal y no a tales políticas o mecanismos de cooperación. Esta estructura, un típico compromiso entre los Gobiernos de los Estados miembros, fue específicamente rechazada por el Parlamento Europeo, que pidió una estructura comunitaria integrada, con todos los asuntos incluidos la política exterior y la seguridad.

Al igual que el rechazo del malentendido término "federalismo", la estructura de los tres pilares, según Weiler, fue en parte de una importancia simbólica, un supuesto de *meffiance* contra la Comunidad y sus instituciones. Para Weiler, desconfianza, miedo y cierta mala fe debió haber entrado en juego, al menos en parte, de esta escogencia. Desconfianza en la capacidad de las instituciones comunitarias y los procedimientos comunitarios para responder efectivamente a las nuevas exigencias. Miedo a la pérdida del control nacional sobre asuntos políticos tan delicados –un miedo, de hecho, de que las instituciones de la Comunidad pudieran ser demasiado efectivas en reivindicar los intereses de la Comunidad, más que los Estados miembros. La mala fe la hubo, quizás, en la opinión de Weiler, en la asunción de obligaciones legales tratando de excluir el control judicial sobre su puesta en práctica y obligatoriedad (WEILER, Joseph H. H., "Neither Unity nor Three Pillars –The Trinity Estructure of the Treaty on European Union", *The Maastricht Treaty on EU: Legal Complexity and Political Dynamic*, Bruselas, European Interuniversity Press, 1993, pp. 49-50).

⁷⁰⁵ De hecho en el Tratado de Amsterdam varios aspectos de la antigua Cooperación en Justicia y Asuntos de Interior fueron comunitarizados para ser decididos por los mecanismos supranacionales de la Unión Europea. Por un lado, parte del Título VI es trasladado al pilar comunitario (visados, inmigración, asilo, fronteras externas e internas y cooperación judicial en temas civiles), enmarcado, no obstante, en un régimen especial. Por otro lado, el resto del Título VI (Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal), aun permaneciendo en el terreno intergubernamental, incorpora caracteres suaves del pilar comunitario. Estos caracteres se refieren, en primer lugar, al establecimiento de un sistema de instrumentos jurídicos que recuerda al sistema comunitario, "aunque con importantes correcciones respecto de elementos supranacionales propios de éste". Así, se niega en todo caso expresamente el efecto directo de las decisiones y de las decisiones marco, al tiempo que el proceso decisorio sigue descansando, como sucede en el Título V (PESC),

La existencia de convenios en los que coexisten técnicas supranacionales e intergubernamentales, independientemente de que aquéllos tengan una naturaleza jurídica de fondo de una u otra categoría, y también de macro-proyectos en los que se utilizan simultáneamente mecanismos de cooperación y los comunitarios propiamente dichos como en la Unión Europea, explica la fuerte reticencia que tuvieron algunos tratadistas para aceptar a la integración regional como una figura independiente y autónoma del derecho internacional⁷⁰⁶.

Tal es el caso de Gregorio Garzón Clariana, para quien la distinción entre integración y cooperación no puede ser demasiado rígida porque en la práctica son inseparables la cooperación de las autoridades supranacionales⁷⁰⁷.

También el profesor Reuter ha observado que la integración y la cooperación "andan siempre mezcladas"⁷⁰⁸, mientras que Constantinesco ha utilizado la imagen de círculos concéntricos para ilustrar la significación del reparto de competencias en la Comunidad Europea: en el centro tendríamos la

en el Consejo funcionando en el régimen de unanimidad, sin perjuicio de que se dé entrada a la mayoría cualificada en las medidas de aplicación unánimemente adoptadas y de que se prevea la posibilidad de una cooperación reforzada; en segundo lugar, se produce una matizada apertura del Título VI al control por el Tribunal de Justicia, cuya intervención había sido expresamente excluida en Maastricht, con la salvedad de facultades interpretativas en el marco de cuestiones prejudiciales cuando así lo dispusieran los convenios celebrados entre los Estados miembros en el contexto de dicho Título.

Por otro lado, también se admite la competencia del Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de las decisiones marco y de las decisiones por vía de recursos de anulación interpuestos por los Estados o la Comisión, así como para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros, fracasada la vía diplomática en el seno del Consejo, o entre éstos y la Comisión, relativo, respectivamente, a la interpretación o aplicación de los actos adoptados por el Consejo y de los convenios celebrados entre los Estados miembros. Sin embargo, queda expresamente excluida su competencia para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (véase ALONSO GARCIA, *El Tratado de...*, pp. XXI-XXIV).

⁷⁰⁶ Juan Mario Vacchino dice que "[n]o existen definiciones de aceptación general para los términos *integración* y *cooperación* y como consecuencia tampoco se ha logrado establecer con cierta claridad los campos que abarcan cada uno". Ellos se han usado "con frecuencia creciente como sinónimos, aunque en otros casos se los ha empleado, ya para definir diferentes momentos o situaciones de un mismo proceso (en este sentido se ha considerado a la cooperación como una modalidad previa o fase inicial hacia la integración), ya para definir los contenidos y características de un cierto proceso, según se encuentre orientado hacia el mantenimiento de las autonomías nacionales (cooperación) o hacia el establecimiento de una nueva unidad multinacional (integración)" (VACCHINO, *ob. cit.*, p. 58).

⁷⁰⁷ GARZON CLARIANA, *ob. cit.*, p. 59.

⁷⁰⁸ Citado por GARZON CLARIANA, *ob. cit.*, p. 60.

técnica de la integración progresivamente difuminada hasta llegar, en el círculo exterior, a verse sustituida por la técnica de la cooperación⁷⁰⁹.

Efectivamente, vamos a ver en el próximo aparte que un proceso de integración regional puede iniciarse de una forma que, analizada sin tomar en cuenta sus finalidades a mediano plazo, se trata de un clásico acuerdo de cooperación internacional. No obstante, puede tratarse del inicio de un proceso de integración regional, aunque todavía no sea supranacional, si se tiene previsto avanzar hacia etapas superiores en las que, muy probablemente, pudiera haber supranacionalidad.

Por todo ello, hay autores como el mismo Garzón Clariana que concluyen que "parece razonable sugerir que tanto la autoridad internacional como la integración supranacional constituyen técnicas adicionales que no desplazan totalmente la cooperación en las organizaciones en que se emplean, antes bien se fundan en ella; por esto, aun tratándose de nociones diferentes, quedan en cierto modo englobadas por la de cooperación internacional"⁷¹⁰.

Araceli Mangas Martín, refiriéndose a la Comunidad Europea, señala que "aunque lo comunitario esté separado de lo intergubernamental puro desde el Acta Unica, hay que reconocer que en los ámbitos sometidos a la competencia comunitaria lo intergubernamental no ha sido enteramente desplazado y que en los ámbitos de competencia intergubernamental (...) se pueden encontrar elementos "comunitarios", además de las pasarelas que permitan ir introduciendo paulatinamente el método integrador en las esferas de competencia reservada a la concertación intergubernamental"⁷¹¹.

El problema parece ser que la mayoría de los autores confunden la integración con la supranacionalidad, identificando una con otra, y bajo esta premisa hablan de cooperación e integración como dos fenómenos distintos, cuando en verdad a lo que se están refiriendo es a la supranacionalidad y a la intergubernamentalidad como atributos de los mecanismos utilizados en las relaciones internacionales, y no los mecanismos en sí mismos, cuyas manifestaciones más importantes son los convenios de cooperación internacional y los procesos de integración regional.

Lo que sucede en realidad, y aquí es donde creemos está el *quid* del asunto, es que la integración puede ser un proceso cuyo inicio sea bajo formas simples de intergubernamentalidad, que, en todo caso, deberán tener una existencia temporal razonable, que luego pueden comunitarizarse con la atribución que hagan los Estados participantes del ejercicio de competencias nacionales a la organización que se decida crear posteriormente o se haya creado, la que a partir de allí es

⁷⁰⁹ Citado por GARZON CLARIANA, *ob. cit.*, p. 60.

⁷¹⁰ GARZON CLARIANA, *ob. cit.*, p. 60.

⁷¹¹ MANGAS MARTÍN y Diego Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la...*, p. 75.

independiente de aquéllos, con lo cual la relación entre los Estados ya deja de estar enmarcada bajo las simples reglas de la coordinación y la colaboración presentes en la intergubernamentalidad.

Es decir, sin confundir integración con supranacionalidad, la intergubernamental puede ser el atributo principal del inicio de un proceso de integración regional que, posteriormente, goce de la supranacionalidad, dejando de lado, en consecuencia, a la intergubernamentalidad de la que hacía uso en un principio, por lo menos de manera principal. Sin embargo, no todo proceso de integración intergubernamental debe necesariamente ir hacia la supranacionalidad, por lo menos como objetivo consciente en los Estados a mediano o largo plazo, ya que éstos pueden tener la intención de crear un proceso de integración sin que haya atribución del ejercicio de competencias nacionales⁷¹². Lo que sí creemos cierto es que, quéralo o no, si el proceso de integración avanza a buen ritmo, la supranacionalidad, más que buscada, será necesaria e imprescindible a partir de ciertas etapas, para conseguir los fines para los que fue ideado el proceso de integración.

Ahora bien, también puede suceder que un proceso de integración iniciado bajo formas supranacionales, posteriormente adopte mecanismos intergubernamentales, sin dejar de lado los comunitarios propiamente dichos y sin dejar de tener esta naturaleza en el fondo, para complementar el proceso de integración, pero sin confundirse la parte comunitaria del proyecto con la cooperación complementaria, que se establecen como mecanismos que se ayudan y se coordinan para lograr la integración⁷¹³.

Quizás por la realidad y el estado de la jurisprudencia comunitaria en el momento en que fueron hechas las consideraciones sobre la integración y la cooperación por los últimos autores citados, y por la falta de concreción que había en la definición de lo que es supranacionalidad frente a la intergubernamentalidad, era válido sostener que la integración y la cooperación no pudiesen diferenciarse, delimitarse o constituirse en formas autónomas de las relaciones internacionales, motivo por el cual para muchos la integración no era sino una forma distinta de hacer cooperación⁷¹⁴.

⁷¹² Este parece ser el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y del Mercosur, que pese a tener objetivos integradores claros, sin embargo no tienen previsto convertirse en procesos de integración comunitarios. No obstante, nadie niega que ambos se tratan de casos de integración regional.

⁷¹³ Ciertamente, cuando se crearon las Comunidades Europeas, se trataba de procesos de integración supranacionales independientes, que luego se fueron unificando institucionalmente, hasta llegar a lo que tenemos hoy: una Unión Europea en la que coexisten las originales Comunidades Europeas, como mecanismos supranacionales, y la cooperación intergubernamental en varios aspectos, todo con un mismo fin, lo que no ha eliminado la naturaleza supranacional principal del proyecto europeo, aunque ahora con más elementos intergubernamentales, los que, sin embargo, tienden a comunitarizarse.

⁷¹⁴ Algunos prefieren hablar de "comunitarismo" e "intergubernamentalismo" que de "integración", "supranacionalidad" y "cooperación". Sin embargo, utilizan estos últimos al mismo tiempo. Es el caso de Ton Heukels y Jaap de Zwaan, quienes expresan que la configuración de la Unión Europea fue

Todavía hoy resulta difícil hacer la determinación de integración o cooperación en algunos casos, pero dudar de la existencia de ellas como figuras autónomas ya no es razonable. El propio ejemplo de la Unión Europea nos demuestra que ciertamente tenemos que diferenciar entre la integración regional y la cooperación intergubernamental, independientemente de que algunas de las técnicas de funcionamiento típicas de la supranacionalidad puedan utilizarse en la cooperación internacional y las intergubernamentales en la integración supranacional.

Por lo anterior, lo que realmente va a decirnos qué tipo de proyecto tenemos enfrente, esto es, si es de integración regional o de cooperación internacional, independientemente de la supranacionalidad o intergubernamentalidad existente en él, son otros elementos. Pero a diferencia de la integración regional, que puede ser intergubernamental o supranacional como hemos visto, la cooperación internacional sólo se concibe siendo intergubernamental.

En este orden de ideas, lo que verdaderamente va a diferenciar al fenómeno de la integración frente a la cooperación clásica son los deseos de los Estados de ir mucho más allá que el cumplimiento de los compromisos que cada uno asume por un tiempo determinado. En la integración hay compromisos más profundos, que requieren más compenetración entre los Estados, lo que puede tener varias escalas, intensidades y etapas, en las que cada una llevará a otras de mayor importancia.

Ahora bien, si en un proceso de integración regional hay supranacionalidad, éste, en principio, no estará regido por técnicas intergubernamentales como sucede en la cooperación internacional. Si el proceso de integración se encuentra en fases incipientes, puede prevalecer la intergubernamentalidad sobre la supranacionalidad, por lo que las características y consecuencias del proceso no distarán

altamente controversial porque esta unión no fue sólo para coordinar las comunidades existentes sino para establecer los cimientos de lo que sería lo que llaman estos autores la Cooperación Política Europea e introducir principalmente como complemento para la abolición de los controles fronterizos dentro de la Comunidad nuevas formas de cooperación en los campos delicados de la justicia y los asuntos internos. "Obviamente", según estos expertos, "los dos últimos campos de las políticas fueron tradicionalmente dominados por el intergubernamentalismo". Esto llevó a muchos Estados miembros a estar a favor de una concepción institucional de la Unión Europea que estaría basada en una estructura de pilares, en la que coexistieran las Comunidades Europeas y "otras formas de cooperación", asegurando al máximo las soberanías nacionales. Otros Estados miembros abogaron por una mayor unidad y coherencia en la estructura de la Unión, en la cual las instituciones comunitarias, específicamente la Comisión y el Parlamento, jugaran un importante rol. Contra estos antecedentes y teniendo en cuenta la urgente necesidad de encontrar una política aceptable entre el mayor "comunitarismo" y más intergubernamentalidad en las nuevas etapas del proceso de integración europeo, fue sorprendente que la configuración resultante de la Unión no es un modelo de transparencia. Al contrario, la estructura de la Unión Europea es tan peculiar como única en varios aspectos (HEUKELS, Ton y Jaap de Zwaan, "The Configuration of the European Union: Community Dimensions of Institutional Interaction", *Institutional Dynamics of European Integration*, Vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, London, pp. 198-199).

mucho de lo que sucede en los típicos convenios de cooperación internacional, por lo menos de momento, mientras no se establezca otra cosa y no avance hacia etapas supranacionales.

1.1.2.2. El fenómeno de la integración

No es fácil determinar en forma clara las características del fenómeno de la integración como forma de entendimiento entre los países distinta de la cooperación internacional, por ser un término multívoco muy discutido.

El tipo de integración que tradicionalmente hemos conocido, la que encontramos en cualquier trabajo sobre el tema, es la llamada integración económica, que por su sencillez es relativamente poco lo que debemos decir de ella. Pero ésta es "sencilla", así entre comillas, porque la mayoría de sus estudiosos no han querido profundizar en sus características verdaderas sino que se han quedado en lo superficial o en lo que sólo interesa en el aspecto estrictamente económico, sin ocuparse de los problemas políticos o jurídicos que ese término implica.

Por otro lado, como hemos dicho antes, existe un aspecto que para la mayoría de los juristas está indisolublemente asociado al concepto de integración como es la supranacionalidad, para los que ambas son una misma cosa, hasta el punto de que a la integración muchos le agregan siempre el remoque de supranacional sin hacer distinciones y sin concebir una integración intergubernamental⁷¹⁵.

Otros, dándose cuenta de que a partir de las Comunidades Europeas se ha dado una nueva realidad en las relaciones internacionales que no puede ser catalogada como cooperación intergubernamental porque se da la atribución de ejercicio de competencias por los Estados a una organización externa con unos efectos muy importantes, han preferido llamar a esta nueva realidad simplemente "integración" evitando el término "supranacionalidad", que ha sido muy polémico porque muchos no conciben que exista en el estado de la evolución del derecho internacional actual una situación en la que, como lo dice este término, haya organizaciones que puedan imponer a los Estados y a sus ciudadanos sus decisiones sin intervención de aquéllos, aunque sí reconocen que se trata de una forma de relacionarse internacionalmente distinta de la cooperación, que no tiene las mismas características de las regidas por el derecho internacional clásico.

Estos autores cuando hacen esta identificación entre integración y supranacionalidad parece no detenerse a pensar que en muchos casos puede haber un proceso de integración sin que haya supranacionalidad y sin tratarse de un simple convenio de cooperación internacional⁷¹⁶, por lo que

⁷¹⁵ Véase nota 1 supra.

⁷¹⁶ Al respecto puede verse DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 37; PEREZ VERA, *ob. cit.*, pp. 669-700; PESCATORE,

tenemos que buscar otros elementos para definirla, de lo que nos ocuparemos en las próximas páginas.

1.1.2.2.1. La definición de integración

Según el Diccionario de la Lengua Española, "integración" es la acción y efecto de integrar o integrarse. Cuando vamos al significado de "integrar" en el mismo texto, entre otras acepciones éste expresa que es constituir con las partes un todo o completar un todo con las partes que faltaban. De allí que de acuerdo a este concepto primigenio de integración, podemos decir que se trata de la acción de constituir un todo partiendo de las partes.

En sentido similar se expresan Weiler, Cappelletti y Seccombe cuando dicen que el término integración se refiere a cómo varios elementos independientes se juntan y se interrelacionan para formar un todo⁷¹⁷. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, como lo destaca el sociólogo argentino Gregorio Recondo, "que unidad de integración no es unidad de subordinación". "El todo que se busca integrar", dice este autor, "supone el consenso de partes interdependientes que se reconocen como iguales para integrar el concepto"⁷¹⁸.

Del anterior concepto de integración es posible obtener un parámetro común según el cual puede entenderse como tal al acuerdo entre varios países, que serían las partes, para constituir un todo más amplio con el aporte de cada uno de ellos, lo que será un nuevo espacio territorial para realizar ciertas actividades de interés común, de manera de que a partir de allí el todo se convierte en área propia de cada uno de los participantes en el acuerdo con derechos sobre él. La nueva totalidad no se concibe sin sus partes integrantes, que son el territorio de cada uno de los Estados miembros⁷¹⁹.

The Law of Integration..., pp. 26-55; y PEREZ TREMPs, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Fundación Universidad Empresa- Editorial Cívitas, Madrid, 1994, pp. 47-56.

⁷¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro, Mónica SECCOMBE y Joseph WEILER, "A General Introduction", *Integration Through Law: Europe and the American Experience*, Walter de Gruyter, Florencia, 1986, Vol. 1. Book 1, p. 12.

⁷¹⁸ RECONDO, Gregorio, "La integración cultural latinoamericana: entre el mito y la utopía", *Integración Latinoamericana*, septiembre-octubre de 1989, Intal, Buenos Aires, 1989, p. 37.

⁷¹⁹ Se ha sostenido que el ser humano es un ser gregario y que la vida "nos ha confirmado esto, pero también nos ha impuesto que, desde el mismo momento en que el ser humano se inserta en una sociedad, comienza a definir su perfil, a tratar de diferenciarse de los demás, a procurar sobresalir y que, muchas veces, lo hace en forma egoísta, al punto de desintegrar lo que quiere y necesita integrar". "Desde el fondo de la raíz humana", continúa diciendo este autor, "estas tendencias a la integración y a la desintegración se transfieren a los Estados" y que esto ha sido así en todas las épocas. "Fueron intentos de integración la experiencia de Alejandro Magno, la del Imperio Romano, la de Carlos V, las de los Incas y otras, a través de distintas modalidades y estilos. También lo fueron las expansiones imperiales de Rusia hacia su periferia y la de los Estados Unidos en perjuicio de México y los pieles rojas; del mismo modo que la expansión colonial de Europa desde el siglo XV a mediados del siglo XIX y otras similares que no fueron tan notorias, hechas por pueblos africanos,

En este sentido, un especialista muy seguido por los autores contemporáneos, como es Bela Balassa, se refiere al término diciendo que en el uso diario la palabra "integración" denota la conformación de varias partes en un todo⁷²⁰; y Ramón Tames, por su parte, considera, ya en términos económicos, que la integración es un proceso a través del cual "dos o más mercados nacionales previamente separados y de dimensiones unitarias estimadas poco adecuadas se unen para formar un solo mercado (mercado común) de una dimensión más idónea"⁷²¹.

Arbuet-Vignali sostiene que en el ámbito de las relaciones internacionales, se utiliza la expresión "proceso de integración" para significar la acción conjunta de varios Estados, en forma sistemática, organizada e institucionalizada y diferente de la cooperación bilateral, inorgánica y esporádica". Puede considerarse integración, según este autor, "todos los esfuerzos realizados por varios Estados, en relaciones de igualdad o dependencia, mantengan o no su individualidad soberana, y con el fin de aumentar el poder, la seguridad y la capacidad de acción del conjunto o de la potencia gravitante en él"⁷²².

A la integración como proceso, Weiler, Cappelletti y Secombe agregan la idea de los resultados finales. Para ellos ambos elementos -proceso y resultado- son esenciales para un análisis de la integración pues el éxito de un proceso integrador puede solamente ser valorado en términos de sus resultados, aún intermedios, donde un resultado, que es solamente un paso en el camino, puede perder mucho de su significado si es valorado fuera del contexto en el que se desarrolla⁷²³.

La concepción de la integración como proceso y resultado también la ven otros autores⁷²⁴. Según Isaac Cohen y Gert Rosenthal, "puede considerarse un proceso integrador, cualquier conjunto

americanos, asiáticos o de Oceanía. Todos fueron procesos de integración a los cuales, en algunos casos, siguió la dispersión. Algunas fueron "integraciones perversas", que buscaron beneficiar a unos pueblos a costa del esfuerzo de otros, que recibían alguna cosa pero no la justicia y el tratamiento que a ellos debía; otras fueron integraciones voluntarias, como las que condujeron a formar Estados compuestos, federales o de otro tipo" (ARBUET-VIGNALI, Heber, "Reflexiones políticas, jurídicas y epistemológicas sobre el Mercosur", *Economía Globalizada y Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pp. 17-18).

⁷²⁰ BALASSA, Bela, *The Theory of Economic Integration*, George Allen and Unwin LTD, Londres, 1961, p. 1.

⁷²¹ TAMAMES, Ramón, *Estructura económica internacional*, Alianza Universidad Textos, 18ª edición actualizada, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 165.

⁷²² ARBUET-VIGNALI, *ob. cit.*, pp. 20-21.

⁷²³ CAPPELLETTI, SECCOMBE y WEILER, *ob. cit.*, p. 12.

⁷²⁴ Para Ernst B. Haas, la raíz del problema de la definición de lo que es integración es que los estudiosos están en desacuerdo sobre hasta qué punto el término "integración" se refiere a un proceso, a una condición o resultado o a ambos. Para hacer las cosas peores, muchos escritores

de acciones mancomunadas, impulsadas por instituciones comunes, que incrementen el nivel de interdependencia económica entre un grupo de países"⁷²⁵; Ramón Tamames también nos habla de integración como proceso, no solamente cuando define la integración como vimos arriba, sino que expresa que para alcanzar la integración "es preciso realizar una serie de actuaciones de acoplamiento de las estructuras nacionales, a fin de llegar con el mínimo coste social al ámbito que se pretende integrar", de manera que la integración es un resultado, pero también es el proceso para llegar a él, lo cual se pone más en evidencia cuando Tamames dice que ese período transitorio, más o menos largo, para evitar planteamientos demasiado bruscos o drásticos "es el propio período de integración"⁷²⁶.

Ahora bien, tanto Cohen y Rosenthal como Tamames, toman en cuenta las instituciones comunes. Esto lo vemos en las anteriores definiciones de los dos primeros autores y especialmente del

varían el sentido de acuerdo con el contexto. Al menos una simplicidad cierta es mantenida por aquellos que usan el término para describir una condición en las naciones que ya están unidas por instituciones organizadas y reglas escritas. El simple hecho de la existencia del derecho internacional y de las Naciones Unidas, por ejemplo, es algunas veces evidencia de la integración entre naciones. Un sociólogo va más allá de esta mínima definición, pero mantiene la noción de integración como condición, la cual es establecida empíricamente cuando entre varios Estados, una agencia dispone de un monopolio sobre los significados de violencia, ocupa el centro en los procesos de toma de decisiones y constituye el punto de mira central para la identificación emocional de la población de varios Estados.

Más comúnmente y más confusamente, estudiantes, creyendo haber resuelto el problema fácilmente, varían el significado que ellos dan al término. Esto es particularmente cierto en aquellos que identifican el término integración con un flujo de transacciones a lo largo de los territorios de cualesquiera unidades que son integradas. Economistas, por ejemplo, definen la integración como la ausencia de reglas que discriminan el mercado o los movimientos de los factores de producción; pero ellos también usan la palabra para referirse a los pasos donde esta condición es aproximada. Los mismos economistas consideran a la integración con la vestimenta de ciertas políticas económicas diseñadas para lograr una distribución igual de los beneficios sociales; pero el proceso de adopción de tales políticas también constituye integración.

El exponente líder de la aproximación transaccional a la integración es Karl Deutsch. El flujo de transacciones en términos de volumen, esto es, como proceso, constituye una dimensión de su análisis. Pero al mismo tiempo Deutsch define la integración como una condición bajo la cual los Estados integrados han dejado de lado el uso de la violencia como una forma de resolver sus diferencias. Algunos de los indicadores por el cual la condición final puede ser identificada también sirve como una definición del proceso; los rangos de transacción, tanto como los resultados supuestos de las transacciones, constituye integración. Esta manera de conceptualizar el fenómeno hace en éste excesivamente difícil de separar causa y efecto.

Todos los modos transaccionales de análisis confunden los aspectos del proceso y de la condición. En la sociología funcional, sin embargo, podemos encontrar una concepción de integración que hace la fusión un deliberado aspecto de análisis. Integración aquí adquiere el significado de un equilibrio sistemático. Talcott Parsons concibe la integración tanto como una condición estática de complementariedad entre componentes sistemáticos, el cual mantiene el equilibrio; o como un cambiante "equilibrio movable", que modifica el sistema pero mantiene su unidad. Proceso y resultado son uno, subordinado a la noción de automantenimiento (HAAS, Ernest, *Beyond the Nation-State. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press, Stanford, 1968, pp. 26-30).

⁷²⁵ COHEN, Isaac y Gert ROSENTHAL, "Reflexiones sobre el marco conceptual de la integración económica centroamericana", *Revista de la CEPAL*, N° 3, Santiago de Chile, 1977.

⁷²⁶ TAMAMES, *ob. cit.*, pp. 165-166.

propio Tamames quien expresa que en la integración, por lo menos a partir de cierto estadio, "se hace prácticamente indispensable la transferencia de una parte de las soberanías nacionales a unas instituciones comunes que adquieren con ello un carácter supranacional", destacando que "para lograr una verdadera integración económica es necesaria una base de política supranacional". Luego agrega Tamames: "el progreso de la integración económica impone una coordinación política más estrecha, que a la postre no puede por menos de desembocar en una unión política"⁷²⁷.

Ahora bien, en este tipo de experiencias integradoras cada parte mantiene su autonomía. Cada unidad conserva su individualidad, su especificidad y, como dice Recondo, "no se fusiona con las otras como expresión de sincretismo"; por el contrario, "ayuda a integrar la obra conjunta, el todo, como la expresión de un vasto mosaico en el cada uno de sus componentes tiene presencia propia" y no hay, pues, "neutralización sino aportaciones enriquecedoras que tienden a la unidad de lo diferente"⁷²⁸.

Este aspecto de la individualidad también es destacado por Elisa Pérez Vera para quien "la integración implica siempre respeto de la individualidad de los Estados miembros" y puesto que todo el proceso de integración se basa en una decisión política adoptada en su seno "y encuentra en los Estados los instrumentos básicos de realización, sería impensable que éstos se propusieran como objetivo final su propia desmembración y desaparición en una especie de <suicidio colectivo> de búsqueda de la autodestrucción"⁷²⁹. En este sentido, es importante destacar el criterio de Gregorio Recondo para quien "la heterogeneidad de los componentes apuntala la integración regional sin contradecir la consolidación de las identidades nacionales"⁷³⁰.

Así las cosas, pareciera que lo que va a caracterizar a la integración, y es lo que la va a diferenciar de la cooperación intergubernamental, aun cuando no haya supranacionalidad en aquélla, es la búsqueda de unidad, combinado con un genuino respeto por la autonomía y el interés legítimo de las entidades particulares participantes, tal como expresa Pierre Pescatore⁷³¹. Es necesario para que pueda hablarse de integración, como señalan Weiler, Cappelletti y Seccombe, además de la búsqueda de la unidad, la existencia de un balance particular entre los intereses particulares de los Estados participantes y los intereses comunes de la unión, entre la periferia y el centro, entre la autonomía y la heteronomía⁷³².

⁷²⁷ TAMAMES, *ob. cit.*, p. 166.

⁷²⁸ RECONDO, *ob. cit.*, p. 37.

⁷²⁹ PEREZ VERA, *ob. cit.*, p. 672-673.

⁷³⁰ RECONDO, *ob. cit.*, p. 37.

⁷³¹ PESCATORE, Pierre, *Foreword in Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*. Sandalow & E. Stein eds. Oxford/New York, Clarendon P., 1982.

⁷³² CAPPELLETTI, SECCOMBE y WEILER, *ob. cit.*, p. 15.

En este concepto elemental de integración podemos decir que ésta puede darse en diversas áreas, específicas o generales, siendo la más conocida la económica, y dentro de ésta la que se da en materias concretas como banca, seguros, monetaria, agrícola, etc., aunque puede haber integración en aspectos políticos, sociales, laborales, educativos, humanitarios y cualquier otra área en la que varios Estados decidan constituir un todo en el que cada uno de ellos aporte una parte de territorio y se comporte en este nuevo espacio territorial casi como si fuese su propio espacio físico soberano, por razones de interés común⁷³³ y siempre respetándose su individualidad. Y en todas estas formas de integración el derecho estará presente regulando las situaciones que se presenten y las que estén involucradas⁷³⁴.

⁷³³ En este punto es importante destacar la posición de Elisa Pérez Vera, Araceli Mangas Martín y José Luis Iglesias Buhigues, para quienes, basados en la doctrina de Francis Rosenstiel (expuesta en "El Principio de Supranacionalidad", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967), es muy discutible la limitación de la soberanía que sufren los Estados en un proceso de integración porque realmente la soberanía no se ve afectada por aquélla ya que lo que ocurre es una mera delegación de funciones, en las que no se ve perjudicada la soberanía. Lo mismo sucede también en la atribución de ejercicio de competencias, hasta el punto de que si un Estado no quiere cumplir con lo dispuesto en los tratados, ello no implica necesariamente consecuencias importantes para él y es el propio tratado el que resultaría a la postre perjudicado por una posición de este tipo por parte de un Estado porque un proceso de integración depende en lo fundamental de la voluntad soberana de cada uno de los Estados participantes, la cual mantienen, en su criterio, y no realmente de los actos de las instituciones comunitarias, los cuales, sin la acción de los Estados, no son nada según este autor.

Así como es importante destacar la posición de estos autores en este punto tan polémico, ya que se hacen afirmaciones que muchas veces no tienen sentido a la vista de la realidad de las cosas llenas de profunda exageración, también es conveniente decir que se trata de una posición que en su momento pudo tener validez en toda la extensión de sus consideraciones por el estado de la doctrina y la jurisprudencia de la época, pero hoy, con el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, especialmente en los puntos relacionados con el incumplimiento de los tratados, la primacía del derecho comunitario, la eficacia directa de las normas comunitarias y de la responsabilidad derivada del incumplimiento, se hace necesario, en nuestro criterio, hacer matizaciones a dicha posición, labor ésta que preferimos dejarla al lector y a los propios autores porque ello no constituye el tema central de este trabajo.

Al respecto, véanse los siguientes trabajos en su totalidad, que contienen la posición original: PEREZ VERA, *ob. cit.*, pp. 669 y ss.; IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, pp. 73 y ss.; MANGAS MARTIN, *ob. cit.*, pp. 403 y ss.

⁷³⁴ Según Arbuet-Vignali, "se puede considerar integración a la acción conjunta de varios Estados que mantienen su identidad; unen sus esfuerzos procurando un fin común que les beneficia y que aislados les resultaría más difícil o imposible de alcanzar e institucionalizan sus relaciones creando a tales efectos una organización internacional que los reúne, ya que este tipo de emprendimientos requiere de una estructura orgánica intergubernamental o supranacional, generalmente con personería jurídica y capaz de tomar algunas decisiones que los Estados partes se han comprometido de antemano a acatar mientras integren el sistema. La cooperación, en cambio, se da mediante el apoyo mutuo de los Estados que buscan mejorar la situación de los que cooperan o de alguno o algunos de ellos, a través de contactos directos, generalmente entre dos o pocos partícipes, recurriendo a medios técnicos diplomáticos o políticos, sin intermediación institucional o con escaso apoyo de ella y haciendo esfuerzos complementarios, no comunes, para fines concretos que pueden ser diferentes al otorgarse distintas ventajas, pudiendo los participantes estar separados geográficamente y no tener coincidencias ideológicas o socio culturales. En cambio, en la integración los asociados deben tener problemas similares, responder al principio de la solidaridad de regímenes internos, ser más de dos reunidos en una organización, tener vecindad geográfica, etcétera" (ARBUET-VIGNALI, *ob. cit.*, pp. 22-23).

Ciertamente, a diferencia de la cooperación internacional, en la integración, especialmente en la supranacional, cada Estado puede ejercer amplias libertades en el todo, incluyendo el territorio de los demás, en las materias acordados en el pacto. En la cooperación internacional, por el contrario, es difícil que ocurra lo mismo ya que los Estados que firman un convenio de este tipo no pueden actuar en el todo con las amplias libertades con que lo harían en su propio territorio porque realmente no hay una unidad como tal sino parcelas de territorio en las que los Estados permiten a los demás realizar ciertas actividades, pero con restricciones ya que cada uno de ellos mantiene su plena soberanía, aunque con limitaciones derivadas de tales compromisos, y su poder de decisión sobre los mismos.

Así las cosas, los participantes de un convenio de cooperación intergubernamental no pueden comportarse como cuasi-soberanos⁷³⁵ en el territorio de los demás Estados, como puede suceder en la integración regional, especialmente en sus etapas avanzadas. En la cooperación internacional, cada Estado mantiene absoluto control sobre la parte que aporta al todo y sobre las decisiones que se aplicarán en ella. En la integración, dependiendo de la fase en que se encuentre, esto último es variable y más o menos intenso, pero ya no puede darse el absoluto control de cada Estado sobre su parte, especialmente cuando ya está presente la supranacionalidad, porque se forma una unidad nueva, un nuevo espacio territorial, en donde se respeta la individualidad de cada Estado porque por formar parte de ese nuevo todo no dejan de existir.

En la integración, una vez que cada Estado se integra al todo, su poder se ve limitado, aunque no reducido, debiendo compartirlo con los otros integrantes del acuerdo, en su territorio y con las instituciones comunes que se creen, si fuera el caso, en los aspectos o áreas objeto del pacto de integración. Ello en la búsqueda de la unidad que anotábamos antes.

Por otro lado, en la integración generalmente hay el deseo de que ese todo sea permanente, los compromisos son mucho más profundos, hasta el punto de que muchos piensan que es insoluble,

⁷³⁵ Decimos "cuasi-soberanos" porque cuando hay supranacionalidad, y aunque no la haya si hay la expectativa de establecerla, la soberanía en cada Estado miembro puede verse seriamente limitada. No obstante, vamos a ver que la afectación que sufre la soberanía en los procesos supranacionales no quiere decir que ella sea cedida o transferida a la nueva organización creada al efecto, sino que lo que hacen los Estados es atribuir a la misma el ejercicio de las competencias nacionales, pero sin que esto quiera decir que éstos pierdan la soberanía o titularidad sobre las mismas, aunque a partir de allí no sea plena, que sería lo que ocurriera si verdaderamente hay la transferencia de competencias: que éstas pudieran o no volver al Estado que las atribuyó, por voluntad de la organización o porque desapareciera ésta. Esto no ocurre en las organizaciones supranacionales, en donde los Estados miembros siguen reteniendo las competencias en sí mismas, atribuyendo a la organización sólo su ejercicio y el ejercicio de estas competencias vuelven en su plenitud al Estado que las atribuyó cuando se retiran de la organización o desaparece ésta. De manera que los países en los territorios de los demás Estados miembros sólo pueden comportarse como "cuasi-soberanos" y no como soberanos como tales porque lo siguen siendo en los mismos los originales soberanos.

y no sólo se busca que sea permanente sino que sea un proceso que se dirija hacia estadios más avanzados en los que ese todo será más difícil que se disuelva, para algunos de carácter irreversible, pudiéndose llegar inclusive hasta la creación de una nueva unidad en la que las partes, ahora sí, se fusionen en un solo Estado y pierdan su soberanía y su individualidad, aunque puedan mantener su autonomía en algunas materias. En la cooperación internacional generalmente los deseos llegan hasta allí: cooperar o colaborar con otro u otros países por cierto tiempo en determinadas actividades o áreas, sin el deseo de ser permanente ni de formar un nuevo país, ni una nueva unidad más profunda, aunque nada obstaculiza para que de un proceso de estricta cooperación intergubernamental se pase a uno de integración.

Otra diferencia que hay entre la integración y la cooperación, en el criterio de Edward Best, es respecto a los objetivos económicos. En efecto, dice este autor que "hay una diferencia radical entre, por un lado, el tipo de compromisos que comportan desde acuerdos preferenciales hasta plenas áreas de libre comercio (que no comprometen a la política exterior de los Estados ni requieren demasiadas acciones en la vía de una integración positiva) y, por el otro, los procesos de integración que comprenden desde la creación de una unión aduanera hasta objetivos superiores en su nivel de ambición"⁷³⁶. Ya aquí este autor entra en aspectos que sólo generalmente toman en cuenta los juristas pero que resultan importantes ya que pareciera que para él los primeros dos niveles de integración que generalmente consideran los autores, que veremos más adelante, todavía no constituyen realmente "integración" en el sentido estricto del término porque no comprometen decisiones políticas, sino que es a partir de la unión aduanera donde se puede entender que estamos en presencia verdaderamente de este fenómeno.

En nuestro criterio, esta separación que hace Best entre integración y lo que parece ser en sus palabras la cooperación no es exacta ya que la unión aduanera no es sino donde pudiera comenzar la etapa supranacional de la integración, que no la integración en sí misma, lo cual pudiera darse antes. En todo caso, antes de la aparición de la supranacionalidad, la integración ya puede existir como proceso. En la unión aduanera es donde la intergubernamentalidad pudiera dejar de existir, pero la supranacionalidad puede aparecer con posterioridad o antes, dependiendo de cada proceso y de los intereses de los países involucrados.

Para Edward Best, hay una línea divisoria que parece delimitar la frontera entre cooperación e integración, que la fundamenta en la separación entre intergubernamentalismo y supranacionalidad. Best entiende por integración la clase de compromisos que se requieren para pertenecer a la Comunidad Europea y que reflejan el "salto cualitativo" franqueado por los Estados miembros al

⁷³⁶ BEST, Edward, "Sistemas institucionales para la integración regional", *Integración Latinoamericana*, julio de 1994, Intal, Buenos Aires, 1994, pp. 14-15.

adoptar un acuerdo tan singular⁷³⁷. Pareciera referirse, en pocas palabras y en último término, a la supranacionalidad.

Aquí ya comenzamos a observar que para algunos autores la diferencia entre la cooperación y la integración pareciera estar en la presencia del elemento "supranacionalidad", criterio el cual va a prevalecer en los juristas, pero que en nuestra opinión no es el elemento diferenciador entre la integración y la cooperación porque consideramos que un proceso de aquel tipo, ya no como resultado final, puede comenzar en etapas en las que no hay supranacionalidad si se trata de compromisos profundos y con ambiciones importantes para crear una nueva unidad territorial, por lo que es necesario analizar otros aspectos para lograr a una definición completa del fenómeno de la integración.

Así las cosas, en la integración las partes se unen para integrar un todo en el que aquéllas no se fusionan, no pierden su individualidad, ni su autonomía, lo que puede ser definitivo e ir hacia etapas más avanzadas que la hacen difícilmente disoluble con el paso del tiempo y más con la intensidad de los compromisos y decisiones que se van asumiendo, especialmente si se decide la creación de órganos supranacionales, que decidirán por los Estados en las áreas sometidas al pacto. En este último caso, los Estados no ven reducido su poder soberano sino limitado de tal manera que las competencias cuyo ejercicio tiene la organización creada no pueden ejercerlas nacionalmente, salvo que ésta no lo haga o los Estados posteriormente decidan separarse o colocarse totalmente en estado de rebeldía, con lo que decidan excluirse del proceso, lo cual se evita a toda costa porque para la mayoría debe ser un proceso de unión indisoluble⁷³⁸.

⁷³⁷ BEST, *ob. cit.*, p. 15.

⁷³⁸ Hay autores que hacen clasificaciones de la integración en la que varios elementos aparecen retratados. Así, por ejemplo Arbuet-Vignali dice que el primer tipo de integración que se ensaya después de la Segunda Guerra Mundial "es el menos profundo y lo llamamos *integración de los heterogéneos*, porque "se crea e institucionaliza un sistema alrededor de una organización internacional a la cual las partes sólo le reconocen potestad de dictar unas pocas decisiones que se comprometen de antemano a acatar mientras estén dentro del sistema". Esta organización intergubernamental reúne un gran número de Estados cuya preocupación es evitar los grandes desastres que puede ocasionar una política internacional no coordinada, siendo el ejemplo típico de este sistema la Organización de las Naciones Unidas, que desarrolla la política de coexistencia pacífica.

La *integración de bajo perfil* es poco más que una cooperación institucionalizada, según Arbuet-Vignali, que procura incrementar el comercio mutuo entre los asociados y, por este medio, mejorar su desarrollo. Las obligaciones se crean en cada caso por manifestaciones de voluntad de las partes, previas y expresas o comprendidas en acuerdos de ejecución. Las zonas de preferencia arancelaria o de ventajas fronterizas y las zonas de libre comercio constituyen sus más claros ejemplos, según Arbuet-Vignali.

La *integración de mediana intensidad* se da en procesos de transición que avanzan hacia la profundización. En estos casos, se crean organizaciones intergubernamentales hacia las cuales las partes transfieren ámbitos de competencia y de jurisdicción, y las obligaciones para los miembros surgen mediante la formulación de procedimientos de mayorías previamente concertados, con confusa aceptación previa de su obligatoriedad. Los avances hacia una zona de unión aduanera o el tránsito hacia un Mercado Común, como es el caso del Mercosur, según Arbuet-Vignali, serían los ejemplos más característicos.

Seguendo a Elisa Pérez Vera, podemos concluir que puede considerarse al proceso de integración como "la realización conjunta y progresiva, con tendencia a institucionalizarse, de un desarrollo integral en base a la voluntad política común de sus miembros"⁷³⁹ y agregamos nosotros: en la que los Estados, cuando no se trate de sus etapas incipientes en las que normalmente sólo hay intergubernamentalidad, atribuyan el ejercicio de competencias propias a organizaciones externas a ellos, que utilizarán para su funcionamiento tanto técnicas supranacionales como intergubernamentales, con preponderancia de las primeras, especialmente para la adopción de sus decisiones, y actuarán en interés común, con la finalidad de lograr una nueva unidad territorial, respetando los intereses individuales de los países miembros y haciendo un balance entre éstos y los intereses comunes.

1.1.2.2.2. La integración vista por los economistas

La economía ha sido una de las disciplinas que más ha aportado al estudio de la figura de la integración ya que las razones que han impulsado generalmente a estos procesos han sido básicamente económicas⁷⁴⁰, aunque a largo plazo han aparecido deseos de unión política y pese a que desde el inicio se tengan aspiraciones para la creación de, por ejemplo, una federación, lo económico nunca deja de tener importancia y se ha vuelto casi imprescindible en todo proceso de integración⁷⁴¹.

La *integración profunda o comunitaria* "da pasos más trascendentes". Aparece un nuevo tipo de organización internacional de base, las supranacionales, "a las cuales los Estados miembros transfieren poderes de gobierno para regular y administrar ámbitos comunes de competencias". Se individualizan materias en forma muy precisa según él (generalmente primero son económicas, aunque luego se debe avanzar hacia otros campos) y se estructura una institucionalidad supranacional muy clara y reglada, apareciendo un nuevo sistema jurídico, el Derecho Comunitario. La Unión Europea es, según Arbuet-Vignali, el sistema característico que opera dentro de este tipo. La *integración de Estados para su fusión* sería el último paso, según Arbuet-Vignali, y al concretarse, "se transitaría de un proceso de integración a un Estado federal; la doctrina contemporánea no incluye estos casos dentro de la expresión de integración, pues se trata de procesos en los cuales, en definitiva, las partes renuncian a la soberanía constituyendo un nuevo Estado" (ARBUETVIGNALI, *ob. cit.*, pp. 23-25).

⁷³⁹ PEREZ VERA, *ob. cit.*, p. 672.

⁷⁴⁰ Para Bruno Podestá, las experiencias en integración regional "descansan sobre un conjunto de supuestos de aceptación en apariencia generalizada: es un imperativo del momento; las modalidades de integración son diversas, pero todas tienen puestas sus aspiraciones en la misma dirección: el punto nodal es el comercio". Sin embargo, continúa este autor, "no es tan claro que la base de ideas sea tan uniforme ni que todos los interesados estén hablando en el mismo idioma, pues con el tiempo el concepto de integración se ha ido haciendo cargo de fenómenos muy disímiles en alcance e intensidad" (PODESTA, Bruno, "Integración regional y globalización en América Latina", *Política Internacional*, No. 43, Enero/Marzo 1996, Fondo Editorial de la Fundación Academia Diplomática del Perú, Lima, 1996, p. 78).

⁷⁴¹ Según Bruno Podestá, la integración "no es ni nunca ha sido, en especial en América Latina, un planteamiento puramente comercial: ni en los sueños bolivarianos, ni en la búsqueda de la integración andina, ni en las más recientes propuestas promovidas –por ejemplo– entre otros países

Por eso, es muy importante saber lo que han dicho los estudiosos de esta rama del conocimiento en nuestra búsqueda de una completa definición del fenómeno de la integración⁷⁴².

En la literatura económica estricta, en palabras de Bela Balassa, la claridad del significado del término integración comienza a perderse, aunque sólo es apariencia. Algunos autores, dependiendo del tratamiento que le dan a sus concepciones, incluyen al elemento social en el concepto y otros subsumen en él mecanismos intergubernamentales⁷⁴³.

Sin embargo, hay otros estudiosos económicos como Jacques Pelkmans y Thomas Heller, que tienen bien clara la diferencia entre cooperación e integración. Estos autores expresan que en la cooperación las tendencias esperadas incluyen una mínima sujeción a las reglas internacionales establecidas y a su automática aplicación doméstica o interna, lo cual incide en la autonomía y discrecionalidad de los dirigentes internos de cada país miembro. También se observa un fuerte rechazo a la negociación continua y al manejo conflictivo, lo cual provee mayor poder de dirección en los aspectos polémicos⁷⁴⁴.

En cambio en la integración, según Pelkmans y Heller, la situación es diferente porque cuando dos economías mixtas se integran, un requerimiento es el confiable y permanente compromiso de al menos algunos instrumentos políticos, combinado con la transferencia irrevocable de uno o más elementos de la competencia nacional, a una institución común⁷⁴⁵. Aquí ya estos autores se introducen en un aspecto esencial, ya analizado, como es el elemento de la atribución del ejercicio de las competencias.

por Brasil". Sin embargo, según Podestá, "sucede una y otra vez que la integración va siendo reducida, en el discurso y en los hechos, a su mera dimensión comercial" (PODESTA, *ob. cit.*, p. 82).

⁷⁴² Sin embargo, estamos de acuerdo con Felix Peña cuando dice que "un proceso de integración económica de un país con otro u otros, que implique comprometer entre los asociados el acceso irrestricto para bienes y servicios como forma de estimular la inversión y la transformación productiva, sólo tiene sentido económico y político si está sustentado en el derecho". El acceso al mercado como un derecho, continúa Peña, "es lo que distingue un proceso de integración de un mero sistema de cooperación comercial" (PEÑA, Felix, "El desarrollo institucional del Mercosur", *Comunidad Andina y Mercosur. Desafíos pendientes de la integración en América Latina*, Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia-Corporación Andina de Fomento, Bogotá, 1998, p. 111).

⁷⁴³ BALASSA, *ob. cit.*, p. 1.

⁷⁴⁴ HELLER, Thomas y Jacques PELKMANS, "The Federal Economy: Law and Economic Integration and the Positive State-The U.S.A. and Europe Compared in a Economic Perspective", *Integration Through Law (Europe and American Federal Experience)*, Walter de Gruyter, Vol. 1, Book 1, Firenze, 1986, p. 322.

⁷⁴⁵ HELLER y PELKMANS, *ob. cit.*, p. 322.

Lo más importante de la diferenciación de estos autores es que introducen un nuevo elemento a la definición de integración: la politización del proceso, tanto para la conformación de un tratado básico como para la implementación del mismo, lo que en la cooperación se evita o minimiza profundamente a través de la adherencia de las economías participantes a las cláusulas de salvaguardia y de la negociación de acuerdos no obligatorios y de posibilidades de exclusión de las decisiones (el "opting out")⁷⁴⁶.

Balassa propone que para definir la integración hay que considerarla como un proceso y a la vez como un estado de las cosas. Es algo de lo que ya habíamos hablado en la parte anterior cuando analizamos las afirmaciones de Weiler, Cappelletti y Secombe: la integración como proceso y como resultado final⁷⁴⁷. Como un proceso, la integración implica las medidas diseñadas para abolir la discriminación entre las unidades económicas pertenecientes a diferentes Estados; visto como un estado de las cosas, la integración puede ser representada por una ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales⁷⁴⁸.

Ahora bien, para interpretar esta definición de Bela Balassa volvemos a lo mismo: la distinción entre cooperación e integración. Considerando que la cooperación incluye acciones dirigidas a eliminar discriminación, el proceso de integración contiene medidas que implican la supresión de algunas formas de discriminación. Por ejemplo, acuerdos internacionales en políticas comerciales pertenecen al área de la cooperación internacional, en criterio de Balassa, mientras que la remoción de barreras comerciales es un acto de integración económica. Para distinguir entre cooperación e integración debe ponerse especial énfasis en esto último, la abolición de discriminación en un área, teniéndose claro que este concepto, según Bela Balassa, es suficiente sin necesidad de mezclarlo con diversas acciones en el campo de la cooperación internacional⁷⁴⁹.

En la integración, los Estados participantes aspiran a realizar actividades concretas, generalmente de índole económico, aunque pueden ser de otro tipo, sin que existan fronteras entre ellos y de acuerdo con la intensidad de la erradicación de estos obstáculos internos, la integración será diferente. Justamente, ha sido la clasificación de Bela Balassa la que más se ha seguido para analizar las fases de este fenómeno, pero es conveniente aclarar que, si bien es muy aceptada, en nuestro criterio es insatisfactoria, por lo menos para los que queremos llegar a una definición completa sobre la figura de la integración, porque no toma en cuenta elementos jurídicos muy importantes. No obstante, para los economistas es suficiente porque siendo la integración impulsada generalmente por razones

⁷⁴⁶ HELLER y PELKMANS, *ob. cit.*, p. 322.

⁷⁴⁷ También Ernst Haas hace consideraciones similares (HAAS, *ob. cit.*, pp. 26-30).

⁷⁴⁸ En este sentido, BALASSA, *ob. cit.*, p. 1.

⁷⁴⁹ BALASSA, *ob. cit.*, p. 2.

económicas, la teoría de Bela Balassa es hecha para ella: la integración económica, sin más aspiraciones. Pero si queremos estudiar la figura en su globalidad y dar una definición que sirva a cualquier disciplina que tenga interés en ella, tal teoría es incompleta.

Desde la visión de los economistas, para que haya integración basta que exista un tratado en el que se acuerde que los países que lo suscriben realizarán las actividades o las omisiones que allí se mencionan en el nuevo espacio territorial como si fuese políticamente uno solo, aunque conformado por las porciones de territorio de cada Estado, sin que pueda haber ninguna discriminación ni obstáculos ni fronteras interiores entre ellos.

Como se ve, los economistas generalmente no toman en cuenta para definir la integración a elementos jurídicos como la supranacionalidad. Según la doctrina económica, para considerar la existencia de un proceso de integración no es relevante que haya supranacionalidad o no sino que basta la eliminación de los obstáculos o fronteras interiores, la ausencia de discriminación entre los Estados y la conformación de un nuevo espacio territorial que constituya una nueva unidad económica.

Ahora bien, la eliminación de estos obstáculos o fronteras interiores puede ser de distintas maneras, grados o intensidades. Gert Rosenthal esboza un esquema de formas de integración en el cual distingue cuatro tipos de arreglos definidos según el grado de compromiso entre las partes⁷⁵⁰. En su criterio, la categoría más simple comprende los acuerdos para desgravar una lista de productos, a los que se otorga tratamiento arancelario preferencial con respecto a productos similares originarios en terceros países. Este tipo de convenio, de alcance bilateral o multilateral, no entraña mayores requisitos en materia de coordinación de políticas económicas.

Las del segundo tipo, en criterio de Gert Rosenthal, apuntan a la desgravación comercial amplia, por lo que la negociación se centra en las listas de excepciones y en las de los productos que se desea liberar. El resultado es la creación de una zona de libre comercio, carente de un nivel común de protección frente a terceros, donde podría darse el caso de que productos procedentes del resto del mundo ingresaran indirectamente al país con aranceles más altos, aprovechando los aranceles más bajos en los demás países de la zona de libre comercio; para ello se importan a estos últimos los productos correspondientes y luego se reexportan a otro país, al amparo del acuerdo de libre comercio. Esto es lo que se llama la desviación del comercio, principal efecto -y defecto- en las zonas de libre comercio. Para evitar este flujo indirecto de importaciones provenientes del resto del mundo, el procedimiento convencional es establecer normas de origen para los productos que son objeto de libre comercio, a los que se les exige cierto grado de transformación o alguna proporción de contenido nacional.

⁷⁵⁰ Al respecto, véase ROSENTHAL, Gert, "La integración regional en los años noventa", *Revista de la CEPAL*, N° 50 (agosto de 1993), Santiago de Chile, 1993, p. 14.

Pertenecen a la tercera categoría de acuerdos de integración los que incorporan a la zona de libre comercio un arancel común para evitar distorsiones de precios relativos resultantes de diferencias de costos atribuibles a los aranceles aduaneros. La conveniencia de acordar un arancel externo común entre los miembros del esquema de integración -lo que constituiría la principal diferencia entre una unión aduanera y una zona de libre comercio- dependerá de las características de los países involucrados. Suponiendo que los niveles sean bajos, dice este autor, los aranceles comunes se justificarán más en el caso de países que posean un alto grado de comercio recíproco y estructuras económicas similares. Si así fuera, continúa Rosenthal, la aplicación de aranceles diferenciados a los diversos productos crearía desigualdades en los niveles de protección efectiva de cada parte y se generarían condiciones propicias para denunciar prácticas de comercio desleal y establecer restricciones al comercio, a la vez que se incentivaría el contrabando.

En el cuarto tipo de acuerdos, en la clasificación de Rosenthal, a la zona de libre comercio y al arancel común se agrega un programa de armonización de políticas macroeconómicas, con el fin de evitar distorsiones de los precios relativos derivadas de diferencias de costos imputables al tipo de cambio, subsidios a la exportación, niveles tributarios y tasas de interés.

Como puede verse en el modelo de Rosenthal, el denominador común de los arreglos integradores es que buscan la desgravación comercial, con vistas a configurar una zona de libre comercio. En los acuerdos suscritos en años recientes se aprecia su proclividad a abarcar una amplia gama de productos, lo que lleva a centrar la negociación en las listas de excepciones y no en la de los productos que se pretende liberar. Además, observa Rosenthal, las ramas o productos excluidos tienden a limitarse a los considerados "sensibles".

La preferencia arancelaria normalmente se materializa mediante un cronograma de desgravación que, a partir de aranceles máximos, conduzca gradualmente hacia una plena liberación comercial (arancel cero) entre las partes. Estos acuerdos también deben prever reglas de origen precisas para facilitar las operaciones aduaneras y evitar la importación indirecta de productos, así como mecanismos de salvaguardia transparentes, no discriminatorios ni transitorios, y procedimientos ágiles y claros para zanjar controversias comerciales. Los convenios suelen complementarse con compromisos que apuntan a la gradual eliminación de las trabas no arancelarias al comercio.

Si los acuerdos se limitan a la creación de una zona de libre comercio y también si dan origen a importantes flujos de intercambio recíproco, existe propensión a ampliar su alcance para evitar que diferencias de precios derivadas de la disparidad de situaciones entre los países contratantes - aranceles aduaneros, subsidios a la exportación, niveles tributarios, tasas de interés- contribuyan a distorsionar los precios relativos e influyan en la localización de nuevas actividades productivas para abastecer el mercado ampliado.

Es por eso que, en criterio de Rosenthal, las partes de un convenio tendente a favorecer el comercio, la inversión y la cooperación recíprocos podrían considerar necesario establecer un arancel común y armonizar ciertas políticas macroeconómicas. Si bien estas medidas conducirían a condiciones convergentes en cada uno de los espacios nacionales que forman parte del conjunto, también entrañan una mayor subordinación de la política interna en aras de los compromisos integradores.

En el mismo orden de ideas, en algunos de estos acuerdos se prevé la gradual eliminación de subsidios a las exportaciones y de cargas fiscales discriminatorias, la eliminación de obstáculos al comercio exterior en materia de transporte, y la adopción de compromisos sobre servicios e inversión.

Con todo, lo anterior no significa, como apunta Rosenthal, que conforme avance el cumplimiento de los compromisos asumidos, el proceso transite fatalmente hacia nuevos y más profundos grados de compromiso. Más bien la experiencia de los años sesenta sugiere que no hay base para tener una visión lineal de los compromisos integradores, en el sentido de que éstos evolucionen hacia niveles cada vez más profundos de interdependencia.

No obstante, se puede considerar que un proceso de integración económica tiene varias fases⁷⁵¹. Ninguna de estas fases necesariamente es requisito previo para pasar a la otra, pudiendo el proceso iniciarse directamente en cualquiera de ellas, tanto en las consideradas incipientes como en las avanzadas, y luego pasar a otro estadio sin cumplir necesariamente la anterior fase de esta clasificación que se ha propuesto. Estas fases son las siguientes:

a) Zona de preferencias arancelarias o de comercio preferencial: no es considerada por Bela Balassa pero sí por muchos otros autores como Miltiades Chacholiades⁷⁵² y Ramón Tamames⁷⁵³. En esta fase de un proceso de integración económica, los Estados acuerdan establecer entre ellos la posibilidad de circulación de mercancías de cada uno de ellos en el territorio de los demás firmantes solamente con el pago de tarifas o tasas especiales menores o más beneficiosas a las que pagan los terceros países. Es decir, se reducen entre sí los gravámenes de las importaciones de todos los bienes y mantienen los aranceles originales para el resto del mundo. Se trata solamente de la concesión de

⁷⁵¹ Según Bruno Podestá, en teoría "por integración se entiende desde una zona de libre comercio hasta una unión económica y monetaria, e inclusive política; es decir, desde un acuerdo de libre comercio suscrito entre dos países para dejar circular entre ellos una lista limitada de productos liberados de aranceles, hasta la Unión Europea (UE) con 15 Estados miembros y una compleja estructura supranacional e intergubernamental" (PODESTA, *ob. cit.*, p. 78).

⁷⁵² CHACHOLIADES, Miltiades, *Economía Internacional*, McGraw-Hill, 2ª edición, Madrid, p. 257.

⁷⁵³ TAMAMES, *ob. cit.*, p. 166.

ventajas aduaneras, no extensibles a terceros, debido a la suspensión internacionalmente aceptada de la cláusula de nación más favorecida.

En efecto, al suscribirse en 1947 el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, el artículo I.1 institucionalizó entre sus partes la cláusula de la nación más favorecida y al propio tiempo determinó (I.2) que ese principio no implicaría la supresión de las preferencias entonces existentes que figuran en los anexos A a F del Acuerdo y que, por tanto, siguen vigentes.

Como se ve, se trata de la fase más incipiente de un proceso de integración económica porque en ésta ni siquiera se ha eliminado totalmente el obstáculo interior, por lo que no hay todavía una libertad de circulación de mercancías, sino que sólo se han reducido los pagos o tasas con lo que se beneficia el costo de la circulación de las mercancías.

Chacholiades y Tamames dan como ejemplo de este tipo de zonas a la Gran Bretaña y sus asociados de la Mancomunidad Británica (1932), que cubren aproximadamente una cuarta parte de la superficie y la población de la Tierra, habiéndose establecido en la Conferencia de Ottawa un sistema de comercio conocido como "sistemas de preferencias de la Mancomunidad", bajo el cual estos países (Reino Unido, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, la India, entre otros) bajaron sus tasas arancelarias para el comercio mutuo, es decir, para las importaciones de los demás países de la Mancomunidad, pero mantuvieron sus mayores tasas arancelarias para las importaciones procedentes del resto del mundo. La asociación de 48 países que incluye a Inglaterra y sus antiguas colonias es un buen ejemplo de una asociación de este tipo⁷⁵⁴.

La Commonwealth, como área preferencial, tuvo una gran importancia en las décadas 1930-1950, pero con las transformaciones del comercio mundial fueron perdiendo buena parte de su anterior transcendencia. Prueba de ello es que en 1948, al crearse la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE), el Reino Unido se opuso a la formación de una gran unión aduanera europea porque sus relaciones con la Commonwealth podrían verse afectadas seriamente. Lo mismo sucedió cuando se planteó en 1955 la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE). Sin embargo, en 1961, el Reino Unido solicitó formalmente pasar a ser miembro de pleno derecho de la CEE, solicitando tan solo un período transitorio para liquidar paulatinamente sus relaciones preferenciales con el resto de la Commonwealth, dentro de la cual el sistema de las antiguas preferencias imperiales dejó de existir con la plena incorporación británica en la CEE.

Por otra parte, los miembros del sistema preferencial, buscaron sus propios caminos. Canadá, Australia y Nueva Zelanda están cada vez más interesados en sus relaciones con los EE.UU. y Japón. Y los países subdesarrollados de la Commonwealth volvieron sus ojos fundamentalmente a la

⁷⁵⁴ CHACHOLIADES, *ob. cit.*, p. 257.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), donde el tema más importante es el posible Tratado General de Sistemas de Preferencias Generalizadas, o bien se ocuparon de desarrollar procesos de integración económica propios, como el de Africa Oriental, el Caribe, el Sudeste Asiático, entre otros.

b) Zona de libre comercio o libre cambio: considerada por muchos autores como el inicio de todo proceso de integración. En esta fase los Estados acuerdan la eliminación de los aranceles internos, gravámenes de importación o derechos de aduana y demás restricciones cuantitativas al comercio entre ellos, en forma inmediata o paulatinamente, por lo que los bienes pueden circular libremente sin obstáculos de este tipo en el territorio de todos los países miembros, pero éstos mantienen libertad de establecer el arancel externo frente a terceros países ya que su obligación es solamente respecto a las restricciones internas de la zona.

Pueden considerarse un término medio entre las preferencias arancelarias y las uniones aduaneras. Las zonas de libre comercio son formaciones poco estables, que en principio se crean con carácter transitorio y que por la fuerza de los hechos tienden a convertirse en uniones aduaneras o desaparecer.

Como ejemplos de áreas o zonas de libre comercio o de libre cambio, tenemos el Area Europea de Libre Comercio (EFTA) y el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA). La EFTA fue creada por la Convención de Estocolmo de 1960 y consistía originalmente en la agrupación de "los siete de afuera" (Austria, Dinamarca, Noruega, Suecia, Suiza, Portugal y el Reino Unido) y luego se unió Finlandia en 1961 e Islandia en 1970. Desde entonces, los miembros de la EFTA se han reducido principalmente porque varios de sus países se han incorporado luego a la Comunidad Europea: Dinamarca y el Reino Unido en 1977, Portugal en 1986 y Austria, Suecia y Finlandia en 1995. La EFTA es una zona de libre comercio porque no tiene un arancel externo común ni una política económica armonizada. Similares características tiene el NAFTA, que originalmente estaba constituido por Estados Unidos y Canadá pero al que en 1991 se incorporó México.

c) Unión aduanera: en esta fase de la integración económica, los Estados firmantes del acuerdo deciden eliminar entre ellos sustancialmente, en forma inmediata o gradual, todas las tarifas, aranceles internos y otras formas de restricciones comerciales para la libre circulación de las mercancías -lo que se llama como "desarme arancelario y comercial" y que debe afectar lo sustancial del comercio y debe realizarse conforme a un plan y en un plazo razonable- y además establecer un arancel externo común y otras regulaciones del comercio internacional frente a terceros países. Toda unión aduanera es una zona de libre comercio porque el comercio en ella es libre pero no toda zona de libre comercio tiene que ser una unión aduanera porque un área de libre comercio necesariamente no tiene un arancel externo común aunque va hacia éste.

Existen muchos ejemplos históricos de uniones aduaneras. Por ejemplo en 1834 un gran número de Estados alemanes soberanos formaron una unión aduanera conocida como el "Zollverein", que desempeñó un importante papel en la unificación de Alemania por parte de Bismarck en 1870. Ejemplos más recientes son la Comunidad Europea hasta 1992, que luego ha pasado a ser un mercado común; la Comunidad Andina a partir de 1995; y el Mercado Común del Sur también desde 1995.

Según Bela Balassa, a través de la eliminación de las tarifas y aranceles dentro de la unión y el mantenimiento de éstas frente a terceros países, la unión aduanera implica la supresión de discriminación entre los productos hechos en el territorio de cada país y los bienes hechos en los países miembros de la misma y, al mismo tiempo, esto lleva a discriminar entre bienes producidos en algún país miembro y los de terceros países⁷⁵⁵.

d) Mercado común: en esta fase los Estados firmantes del tratado de integración acuerdan, además de la eliminación de los aranceles aplicables entre ellos por la circulación de bienes y de establecer un arancel externo común frente a terceros países, la posibilidad de libre circulación de personas, servicios y capitales a través de los mecanismos que sean necesarios.

e) Unión económica: en esta fase, además de lo anterior, esto es, la eliminación de los derechos de aduana, el arancel externo común y la libre circulación de los factores de producción (personas, capitales y servicios), con lo que se crea un mercado común, se procede a alcanzar la armonización de las políticas económicas nacionales, en orden a eliminar discriminación que sea debida a disparidades en estas políticas, para lo cual, generalmente, es necesario crear una organización supranacional.

Es importante destacar que la armonización de políticas comerciales entre varios países, aisladamente considerada, pudiera considerarse, de acuerdo con los criterios de Bela Balassa, como mera cooperación internacional, pero la búsqueda entre varios países de armonización de las políticas económicas como instrumento para lograr la eliminación de la discriminación en el comercio de esos países constituye una forma de integración, junto a la libertad de circulación de los factores de producción.

Un ejemplo de una unión económica es el Benelux, que fue la unión económica formada por Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Originalmente, en 1948, estos tres países formaron una unión aduanera, la cual fue convertida en 1960 en unión económica. Posteriormente, Bélgica, Holanda y Luxemburgo se han incorporado a la Comunidad Europea, la cual se está moviendo hacia una unión económica desde 1992.

⁷⁵⁵ BALASSA, *ob. cit.*, p. 23.

Miltiades Chacholiades considera que la unión económica es la máxima etapa de la integración económica, sin mencionar la integración económica total. Pero es que en esta fase él incluye la unificación de las políticas fiscales, monetarias y socioeconómicas, sin pasar por la simple armonización o coordinación⁷⁵⁶.

f) Integración económica plena o unión económica total: además de la libre circulación de los factores de producción y de la armonización de las políticas económicas nacionales de los países miembros del pacto, se establecen otros acuerdos de carácter político y jurídico y presupone la unificación de las políticas monetarias, fiscales y sociales, lo cual requiere la creación, con carácter necesario, de una autoridad supranacional⁷⁵⁷.

En criterio de Chacholiades, los Estados Unidos constituyen un excelente ejemplo de integración económica total o plena⁷⁵⁸. Cincuenta estados se encuentran reunidos en una completa

⁷⁵⁶ CHACHOLIADES, *ob. cit.*, p. 259.

⁷⁵⁷ Bela Balassa pareciera considerar que solamente es necesaria la autoridad supranacional en la etapa de integración económica total ya que no la menciona en las anteriores fases (BALASSA, *ob. cit.*, p. 2), a diferencia de otros autores, de los que nos ocuparemos luego, que la vislumbran necesaria al menos en la unión económica simple. En la realidad, se han dado casos de uniones aduaneras en las que no hay organismos supranacionales sino mecanismos u órganos de naturaleza intergubernamental, tal como sucede en el Mercosur, y de uniones aduaneras en las que sí las hay, inclusive desde antes de esta fase, como son los casos de las Comunidades Europeas y la Comunidad Andina como luego veremos.

⁷⁵⁸ Consideramos que los Estados Unidos de América y en general, los Estados federales no son ejemplos de unión económica plena dentro de la clasificación de integración económica. Aun ateniéndonos al criterio estrictamente económico de las clasificaciones que estamos analizando, sin tomar en cuenta lo político ni lo jurídico, ciertamente en la constitución de los Estados federales se producen uniones económicas, pero en estos casos tales uniones son realmente consecuencia de acuerdos políticos principales de más nivel, en los que lo económico es meramente accesorio, que no es el caso de la clasificación de Bela Balassa ni la de los otros economistas citados. Además, en los Estados federales, los Estados federados dejan de ser soberanos e independientes y se fusionan en un nuevo Estado, lo cual no coincide con la definición de integración regional que hemos manejado en donde la individualidad de cada Estado se mantiene porque en la integración no hay un "suicidio de Estados", lo que sí sucede en las federaciones. En la integración, aunque se forme un nuevo espacio territorial, ello no es federación porque es una nueva unidad sólo desde el punto de vista económico.

En este sentido se manifiesta Arbuét-Vignali cuando dice que en la integración de Estados para su fusión, una de los tipos de integración por él esbozadas, "se transitaría de un proceso de integración a un Estado federal; la doctrina contemporánea no incluye estos casos dentro de la expresión integración, pues se trata de procesos en los cuales, en definitiva, las partes renuncian a la soberanía constituyendo un nuevo Estado", por lo que pareciera que gran parte de esta doctrina considera que en la integración no se renuncia a la soberanía (ARBUET-VIGNALI, *ob. cit.*, p. 25).

En este aspecto consideramos acertado el criterio de José Luis Iglesias Buhigues, el cual compartimos plenamente, quien sostiene que lo supranacional es un trasunto jurídico del procedimiento federal, pero se halla alejado del sistema político que lleva ese nombre, aunque se dirija a él. El federalismo es esencialmente político y lo supranacional es fundamentalmente técnica jurídica. Lo político y lo técnico pueden complementarse, pero lo primero predetermina lo segundo, en criterio de Iglesias. Mientras la

unión económica, con una moneda común, lo que implica tasas de cambio permanente fijas en los mismos y un solo Banco Central (el sistema de la Reserva Federal). El comercio es libre entre los estados y tanto el capital como el trabajo se mueven libremente en la búsqueda de máximas ganancias. Las políticas fiscal y monetarias, así como los asuntos internacionales, los gastos militares, los programas de pensiones y de salud, etc., los lleva a cabo el Gobierno Federal. Otros programas como educación, protección policial y asuntos culturales, están a cargo de los gobiernos estatales y locales, "con lo cual los estados mantienen su "identidad" dentro de la unión"⁷⁵⁹.

Esta clasificación de las fases de la integración económica ha sido la más seguida por los autores contemporáneos. Sin embargo, ha sido criticada. En el caso concreto de la teoría planteada por Bela Balassa, que varía muy poco de la acabamos de esbozar, la crítica más fuerte que ha recibido ha sido la de que está conforme con los principios de la doctrina económica clásica pero que no es aplicable a las economías de mercado de la actualidad en las que hay una considerable intervención del Estado⁷⁶⁰.

comunidad supranacional supone una forma peculiar de administración dependiente, la federación es un modo de gobierno soberano. De ahí que el federalismo constituya una técnica de organización del poder político, ocupada en compaginar un máximo de eficacia comunitaria con un máximo de libertad individual. Y en la federación esto no solo se reconoce sino que se ejerce. Existe un paso y al mismo tiempo un abismo entre supranacionalidad y federalismo, pero entre ambos hay una barrera perfectamente delimitada: la distancia entre la construcción jurídica y la voluntad política, entre lo impreciso y lo definitivo, entre lo dependiente y lo soberano. El sistema supranacional no conoce lo político: cuando lo admite en su seno se suicida porque entonces se transforma en entidad soberana: lo supranacional se convierte en federal, la comunidad en Estado. Lo supranacional es un fenómeno nuevo que, empleando la estructura federal, se dirige hacia este último sistema, pero que desaparece tan pronto llega a esta etapa final, para transformarse en algo perfectamente conocido y practicado. La supranacionalidad es un fenómeno apto para multiplicarse en un clima propicio y que, con muchos lazos con el federalismo, supone, por el contrario, una forma avanzada de relación entre Estados soberanos, lo que jamás puede darse en la federación porque en ésta la relación se convierte en integración y la soberanía en autonomía. Una vez alcanzado el grado máximo de desarrollo supranacional, la comunidad así organizada representa en el aspecto político el reverso del Estado federal: en éste, el poder político, la soberanía, se localiza en el centro y no en los miembros; en aquélla en los miembros y no en el centro. El Estado federal es soberano, la comunidad supranacional no. Si ésta da un paso más, su carácter jurídico supranacional le abandona, para convertirse en verdadera comunidad federal. Así es como aparece cierta, en principio, la afirmación de que "sólo lo federal es supranacional", es decir, que el sistema político contiene mecanismos supranacionales, pero no es del todo exacta sobre todo si se admite que en un sistema federal el Estado es uno y los Estados federados lo son de nombre nada más, sin que pueda hallarse en ellos las características que particularizan al Estado soberano ante el derecho internacional. Mal puede hablarse de decisión supranacional en un sistema que es resultante de una integración de Estados que, aunque conserven determinadas competencias, se han suicidado como Estados soberanos en el acto de la constitución del Estado federal. Lo supranacional acaba allá en donde comienza el federalismo o, dicho de otra forma, en donde lo que se integra son las soberanías y no las competencias (IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, pp. 108 a 110).

⁷⁵⁹ CHACHOLIADES, *ob. cit.*, p. 259.

⁷⁶⁰ Esta crítica ha sido mencionada por el propio Balassa en su trabajo "Types of Economic Integration", *Economic Integration: Worldwide, Regional, Sectoral* 17, F. Machlup ed., Londres, Mcmillan, 1976, cuando dice "These definitions have been criticized on the grounds that they conform to the principles of classical economic doctrines but do not apply to present-day market economies, which are characterized by a considerable degree of state intervention" (citado por Pelkmans y Heller,

Esta crítica, no obstante, no parece tener asidero porque los cinco estadios de la integración económica de Bela Balassa sí toman en cuenta esta intervención. En efecto, en las tres primeras etapas, éstas son, el área de libre comercio, la unión aduanera y el mercado común, existe intervención de los Estados participantes porque se procede a la remoción los obstáculos aduaneros o de naturaleza cuantitativa a la libre circulación de las mercancías, lo cual sólo puede ser hecho por el Estado. No ocurre, como en las integraciones económicas sin intervención del Estado, que Pelkmans y Heller llaman "market-integration-from-below"⁷⁸¹, en las que los propios agentes económicos privados se organizan para integrarse en una determinada área territorial, eliminando las fronteras de otra índole que influyen en la actividad económica y que no son debidas a acciones estatales, como son las fronteras culturales, lingüísticas, religiosas o sociales, entre otras, que pueden ser eliminadas por los propios agentes económicos privados si se organizan.

Distinto es la llamada por Pelkmans y Heller "economic-integration-from-above"⁷⁸², que es un tipo de integración económica, junto a la integración macro-económica, que se debe a agentes económicos públicos, en la que las acciones para proceder a la integración económica, esto es, la eliminación de barreras legales, administrativas y políticas son hechas por los Estados participantes o los propios agentes económicos públicos, ya sea de una forma negativa, eliminando propiamente las reglas y políticas que producen discriminación en las economías nacionales, o positiva, transfiriendo los poderes o competencias nacionales para hacer las reglas y políticas desde las economías participantes a las autoridades a nivel comunitario.

Lo mismo sucede en las tercera y cuarta etapas de la integración económica de Bela Balassa, porque si bien se trata de etapas de una integración más avanzada ya que en una -la unión económica- debe haber una cierta armonización en las políticas económicas y en la otra -la integración económica total- supone la unificación de las políticas monetaria, fiscal y social, organizado por una autoridad supranacional, hay intervención de los Estados porque éstos atribuyen a esta autoridad el ejercicio de las facultades públicas que poseen para unificar estas políticas, lo que implica que esta intervención sea aún más fuerte que en las anteriores etapas y son puras formas de integración económica positiva, como la han llamado Pelkmans y Heller⁷⁸³. Lo que se observa es que Balassa sí tomó en cuenta la realidad de las economías mixtas actuales por lo que esta crítica que se ha hecho a su doctrina no es en nuestro criterio válida.

ob. cit., p. 324).

⁷⁸¹ HELLER y Pelkmans, *ob. cit.*, p. 320.

⁷⁸² HELLER y Pelkmans, *ob. cit.*, pp. 320-321.

⁷⁸³ HELLER y Pelkmans, *ob. cit.*, pp. 324-325.

La que sí parece ser válida es la crítica que hacen algunos autores sobre la presunción de dicotomía del proceso de integración económica descrita por Balassa. En efecto, según Pelkmans y Heller, la dicotomía es definida como la separación entre negativa y positiva de la integración económica que podríamos traducir "desde arriba" en los términos de estos autores (negative and positive-integration-"from-above"). Esta separación hace como si en las primeras tres etapas de la integración económica tuvieran lugar en un universo económico clásico donde las siguientes dos fases reflejaran el mundo de la intervención gubernamental. Dado esto, después de la Segunda Guerra Mundial, los países europeos occidentales han desarrollado economías mixtas, donde la separación entre integración positiva y negativa puede que nunca lleve a una completa comprensión del proceso de integración y ello puede representar mal los problemas asociados con cualquier etapa según estos autores.

Un defecto fundamental de la dicotomía, en criterio de Pelkmans y Heller, es que ésta requiere integración positiva para seguir la negativa -market-integration-from-above-, donde la integración económica positiva es un prerrequisito para la integración negativa para que tenga lugar en un orden económico mixto. Si esto fuera así, el énfasis que se hace en la integración negativa pudiera significar un definitivo y significativo cambio en el sensible balance entre la elaboración de la decisión económica pública y privada. Concretamente, la crítica radica en que se trata de etapas muy claramente determinadas pero que no se describen igual en su análisis, siendo las de integración positiva -las dos últimas- las que no parecen garantizar un rigor similar de análisis a las dos primeras que son de integración negativa y un desarrollo profundo paralelo. Esto lleva a que la aplicación de la versión dicotomizada del proceso de integración económica pudiera no solamente llevar a una mala comprensión de la integración económica sino también a serios fallos y omisiones en la teoría⁷⁶⁴.

En otro orden de ideas, en relación con la teoría de Bela Balassa, podemos decir que los estudiosos del punto en el ámbito económico siguen con fidelidad muy especialmente las primeras dos etapas como son el área de libre comercio y la unión aduanera. El mercado común no tanto pero se puede inferir de otras características expresadas por los autores y los tratados como el de la Comunidad Económica Europea. Pero las últimas dos fases, en las que casualmente Balassa no abunda en detalles, han tenido serios inconvenientes para ser definidas operacionalmente y por eso no existe una definición cierta e indudable en este sentido.

La etapa final de esta teoría ha sido muy ignorada por los especialistas que estudian la integración desde el punto de vista económico ya que cuesta considerarla realmente como una fase de ésta porque es caracterizada por elementos políticos y jurídicos. Por esto, algunos prefieren incluirla, en todo caso, en la unión económica pero no considerarla como una fase separada. Los ejemplos de este tipo de integración se limitan a los Estados federales los que, como ya dijimos, por ser casos en los que

⁷⁶⁴ SÉLLER y Pelkmans, *ob. cit.*, p. 325.

los Estados miembros ya no son soberanos y la supranacionalidad se convierte en federalismo, no consideramos que deba estimarse como la última fase de la llamada integración económica, a menos que ello no signifique la creación de un nuevo Estado, lo cual en la práctica resulta difícil.

Ahora bien, de acuerdo con Pelkmans y Heller, las etapas de la integración económica establecidas en la teoría de Bela Balassa deben ser revisadas y actualizadas, para ser adaptadas con más certeza a las economías mixtas y para analizar otros aspectos que el autor parece incluir pero que no abunda en sus detalles como los jurídicos y políticos. Se trata, sin embargo, del modelo que más se acerca a los requerimientos de los estudiosos de la materia, especialmente los economistas, pero sería deseable, como sucede en todas las demás teorías que tratan de aclarar esta discusión, que se estableciera un criterio para la determinación de la fase en que debe darse sin lugar a dudas la asignación de funciones públicas económicas a autoridades supranacionales y la posible transferencia de estas funciones, especialmente en los tres primeros niveles, ya que parece claro, en nuestro criterio, que para poder llevar a cabo las dos últimas fases de la teoría Balassa es ineludible la creación de una organización comunitaria.

Es por esto que en la búsqueda de una clasificación más completa de las fases de integración económica, Jacques Pelkmans ha propuesto otro modelo llamado "la taxonomía alternativa", que en su criterio es más completo. Este presenta una clasificación de opciones aplicables a dos enfoques para lo que él llama "la integración de mercados de productos". En el primero, presenta una enumeración de opciones explícitas de "esquemas preferenciales modestos"⁷⁶⁵; en el segundo, desbordando el marco en que se mueven dichos esquemas, se clasifican metodológicamente cinco etapas funcionales que conducen a lo que este autor llama la integración completa de mercados. En esta clasificación, hay distintas combinaciones o innovaciones políticas, lo cual este autor trata de subsanar los fallos de las anteriores clasificaciones como en la de Bela Balassa.

Lo que llama Pelkmans "esquemas preferenciales modestos", que no son sino las posibilidades de ambición "modesta" para un acuerdo de integración, comprenden nueve categorías que tienen en común el hecho de que el alcance y los grados de liberalización están restringidos, mientras la integración positiva, ésta es, la que incluye todas las formas de formulación conjunta de políticas, excluyendo las prohibiciones a los Estados miembros (la integración negativa equivale a liberalización), tales como la armonización, la coordinación, la unificación y las medidas presupuestarias conjuntas, es evitada o mantenida a un nivel mínimo irreductible. En todos los casos, la autonomía nacional es conservada en materia de política comercial ante terceros países, no se prevén las instituciones comunes, excepto pequeñas secretarías técnicas, y las reglas comunes rara vez van más allá de una liberalización selectiva del comercio.

⁷⁶⁵ PELKMANS, Jacques, "Comparando las integraciones económicas: prerrequisitos, opciones e implicaciones", *Integración Latinoamericana*, Intal, Buenos Aires, 1993, p. 9.

Ahora bien, las cinco etapas que conducen a lo que llama Pelkmans una integración completa de los mercados de productos, está definida por un acceso recíproco totalmente libre a los mercados dentro del agrupamiento y un alto grado de homogeneidad en cuanto a los niveles de intervención estatal en las condiciones de competitividad imperantes en los distintos Estados miembros. Realmente, en términos estrictamente económicos, la integración completa de los mercados de productos se presenta como un punto de referencia pero, en criterio de Pelkmans, es poco probable que se logre plenamente.

Este esquema de integración completa de los mercados de productos asume una lógica acumulativa, es decir, que se supone que cada fase incluye las etapas previas ya completadas. La fase 1 implica el establecimiento de una zona de libre comercio, la cual se puede desglosar a su vez en una serie de esquemas preferenciales que corresponden a los niveles más bajos de ambición y compromisos requeridos, que es lo que se llama normalmente cooperación para Pelkmans.

Ahora bien, el establecimiento de una unión aduanera es diferenciado en el modelo Pelkmans en varias fases de la integración del mercado de productos, que es lo que llama este autor como la "integración genuina", según se entiende en Europa:

a) La unión arancelaria pura (comercio dentro de la unión sin aranceles): es la más baja etapa y consiste en una unión libre de tarifas o derechos de aduana para el comercio interno entre los Estados participantes, sin tocar alguno de los muchos obstáculos o distorsiones remanentes, excepto las cuotas que también tendrán que ser eliminadas. Esto sin decir que los pagos ordinarios para el comercio intra-unión deberán ser liberalizados también.

b) La unión arancelaria óptima o plus (seguridad de despacho aduanero dentro de la unión): busca proveer un mínimo de seguridad de los requisitos aduaneros para los movimientos de productos en la unión, a través de los procedimientos aduaneros comunes, tal como las valuaciones aduaneras, y una reducción de los controles por ejemplo en los requisitos para el tránsito, mientras limita el recurso a cláusulas de salvaguardia a través de una vigilancia común y asistencia en el peritaje en los casos de daño debido al establecimiento de un comercio libre de derechos aduaneros. Es importante destacar que las etapas no ambiciosas, éstas son, la uno y la dos, ya contienen una infraestructura común con cuatro elementos: un cronograma de aranceles externos comunes; un código de aduanas; vigilancia sobre las cláusulas de salvaguardia y sobre los fondos para la asistencia en el peritaje.

c) La pseudo unión aduanera (libre circulación de productos dentro de la unión, excepto en la esfera financiera y fiscal, o libre acceso físico al mercado): es un paso más allá del comercio libre de aranceles a la búsqueda de un acceso al mercado libre de obstáculos físicos. Los mayores obstáculos

al libre comercio son las intervenciones no fiscales, como en las áreas de salud, seguridad o requisitos técnicos, y las medidas de efecto equivalente a las cuotas o aranceles.

Es importante disponer de una autoridad de revisión judicial que actúe en estos asuntos técnicos, tanto antes del momento de llevar a cabo la armonización como después por una uniformización de la interpretación es esencial.

Otros grandes obstáculos en esta etapa incluyen la integración negativa en la política de transporte -el lógico complemento del acceso físico libre pero difícil en la práctica haciéndose una regulación en el sector- y una política comercial común.

Por último, la libertad de proveer servicios privados sobre el territorio de la unión también pertenece a las "pseudo custom union". Otra vez esta liberalización presupone intensos esfuerzos de armonización como que muchos sectores de servicios tienden a ser sujetos de estrictas reglas nacionales y una continua vigilancia de cuerpos semi-públicos que tienen un sustancial poder administrativo.

d) Unión aduanera pura (comercio dentro de la unión sin aduanas): es solamente en esta etapa cuando las aduanas comienzan a ser superfluas y pueden ser desmanteladas. Para este fin, la pseudo unión aduanera tiene que ser complementada con una unión de impuestos para los productos y servicios y con la eliminación de las restricciones a los intercambios. Una unión indirecta de impuestos es un gran logro. Un primer paso consiste en la armonización de los sistemas indirectos de impuestos como los de cascada, de valor añadido y a las ventas para llevarlo a un solo tipo de sistema con un cálculo comparable. La armonización de los impuestos indirectos es la mayor concesión para todos los miembros de la unión y lleva a procesos fiscales mucho más simples, reduciendo la incertidumbre sobre el precio y disminuyendo el tiempo.

El siguiente paso es la armonización de los impuestos base, para lo que hay identidad de excepciones, exenciones y categorizaciones de los bienes sujetos a los impuestos, etc. Este paso no puede ser hecho fácilmente porque tiende a restringir los poderes de las autoridades fiscales nacionales en un método de elevar los impuestos indirectos.

El paso final es la convergencia de las estructuras de las tasas de los impuestos nacionales. En ocasiones, esto puede implicar la armonización de las tasas pero esto no es necesario para que desaparezcan las aduanas. Una vez que el sistema impositivo y sus bases sean comparables, las diferencias en las tasas de impuestos en los países vecinos es ya restringido a las aduanas. Los compradores irán en masa al país del impuesto más bajo cuando las diferencias comiencen a ser beneficiosas. Al mismo tiempo, esto debe ser dicho, esto es mucho más que una perspectiva "federal".

En un proceso de integración económica, las aduanas deben paradójicamente mantenerse en existencia precisamente con el fin de proteger elevaciones indirectas o los impuestos especiales.

e) La integración del mercado de productos sin distorsiones (cercana a la unión aduanera en su contenido teórico: requiere uniformidad de la intervención estatal sobre las condiciones de competencia): esta es la etapa en la cual usualmente e implícitamente está en la mente de los economistas académicos cuando analizan la unión aduanera. En las economías mixtas actuales, sin embargo, el dejar hacer está fuera de la cuestión.

Esta etapa tiene que ser interpretada como una aproximación uniforme de las influencias públicas en las condiciones de competencia. Esto implica que todos los mayores elementos de la política pública nacional que influyen en la intensidad y estructura de los movimientos de bienes y servicios tienen que ser restringidos, abolidos o reemplazados, supervisados y complementados por la política pública de la unión. Dependiendo de los asuntos políticos del país en los que influye la intervención económica pública, el dominio por la política de integración negativa o positiva puede ser inmenso.

La coordinación o armonización de las políticas regionales e industriales también es necesaria. Si esto es hecho, efectivamente, un fondo complementario de la unión es requerido. En el caso de que agentes públicos intervengan, las discriminaciones internas de la unión deberán ser eliminadas. Finalmente, una política de competencia común frente a las empresas es necesario para prevenir a la unión de ser segregados por monopolios y prácticas restrictivas de la competencia o por circuitos entre empresas públicas nacionales.

Luego de estos grados de integración⁷⁶⁶, se puede hacer referencia a:

⁷⁶⁶ Originalmente, en su trabajo con Thomas Heller, la clasificación de Pelkmans contenía tres etapas posteriores a la integración de los mercados de productos sin distorsiones que eran: la unión aduanera plus, que se caracterizaba por una incontenible unión interna para inversiones directas, las cuales se comportan en algunas circunstancias como sustitutas del comercio, pero en otros casos es un complemento del comercio; el pseudo mercado común, que es la integración de los mercados de productos sin distorsiones más la libertad de circulación de todos los factores no financieros de producción; y el puro mercado común, que es, en esta ya vieja teoría de Pelkmans, la integración de los mercados de productos que ya vimos más la libertad de circulación de todos los factores de producción, especialmente en los aspectos financieros, y la armonización en leyes bancarias y financieras en general (PELKMANS y HELLER, "An Economic Perspective", *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter eds., Florencia, 1986, pp. 339 y ss.).

De alguna manera, estas fases han sido sustituidas por las que mencionaremos más adelante en el texto principal, que son obtenidas de un trabajo más reciente de Jacques Pelkmans, que eliminó las mencionadas arriba en esta página (PELKMANS, *Comparando las integraciones...*, pp. 3 y ss.) y que son objeto de un pormenorizado estudio por otro autor (BEST, *Sistemas institucionales...*, pp. 11 y ss.).

a) La integración del mercado de servicios, capitales y trabajo, para lograr un mercado común pleno.

En la integración del mercado de servicios se observan: una etapa inferior (tratamiento nacional, de carácter selectivo o como principio general); etapa intermedia (aceptar el principio del comercio transfronterizo en servicios, sujeto a la armonización de las reglamentaciones nacionales y a los controles del país receptor); y etapa superior (completar la integración de los mercados de servicios por medio de una combinación adecuada de liberalización plena del comercio intrarregional de servicios, eliminación de las preferencias o discriminaciones estatales subsistentes en servicios, regulación de la competencia en materia de servicios, basada en el criterio del reconocimiento mutuo y aplicación de controles en el país de origen para aquellos servicios que requieren la supervisión de los proveedores de servicios).

Esta fase requeriría una normativa común sobre competencia aplicada a servicios y un Tribunal Superior de Justicia Común.

En la integración de los mercados de factores se buscaría: la eliminación de controles a los movimientos de capitales y a las operaciones de cambio; la integración plena de los mercados de capitales; la libre circulación de la mano de obra empleada; la armonización de las legislaciones nacionales en materia social; algún grado de normativa social común y el nivel de bienestar social debería adquirir un nivel suficiente como para no afectar, o hacerlo sólo marginalmente, la regulación de la competencia y las ventajas comparativas; derechos de propiedad intelectual y otras reglamentaciones comunes que se deriven de la creación de un mercado interno en materia de tecnología. Si se opta por un esquema federal, se puede ampliar la libre circulación de trabajadores a todos los "ciudadanos" del acuerdo de integración, con derecho a disfrutar alternativamente de los beneficios federales o estatales de seguridad social y eventualmente también de cobertura sanitaria.

b) Varias etapas y opciones que impliquen transición hacia una unión económica y una unión monetaria. En la unión económica existen esencialmente tres opciones:

1) unión económica entendida como un mercado único más todas las disposiciones en materia de "integración positiva" necesarias para el funcionamiento correcto del mercado interno;

2) unión económica entendida como fundamento de una unión monetaria, esto es, un grado de integración económica necesario para lograr una unión monetaria que genere credibilidad y funcione correctamente;

3) unión económica evolutiva, cuyo punto de partida es el acervo comunitario, a lo que se suman los objetivos económicos de unión plasmados en un tratado de la unión y la "subsidiaridad" como principio de orientación.

La unión monetaria se logra con:

- 1) Tipos de cambio irrevocablemente fijos o moneda única.
- 2) Integración plena de los mercados de capitales, incluyendo los servicios financieros.

Esto requiere de una unión económica con un conjunto de disposiciones estrictas de ingreso y que la unión monetaria, una vez implantada, la haga creíble y sustentable. La unión económica debería ser tan buena como la mejor alternativa previa que ofrezca estabilidad de precios.

Esta taxonomía es progresiva en el sentido de que cada nivel superior comporta generalmente un nivel más alto de ambición e implica mayores demandas, especialmente en el plano de la integración positiva. También es, en cierta medida, acumulativa en cuanto a que, como regla, las distintas etapas constituyen precedentes necesarios de las siguientes, aunque esto no significa secuencia imprescindible para alcanzar los niveles máximos de integración.

Como vemos, en esta teoría Pelkmans hace una serie de consideraciones interesantes que echamos de menos en las anteriores. Lo más importante es que no es lo mismo lo que ha dado en llamarse la integración económica -en sentido estricto- a lo que debe entenderse verdaderamente por integración regional, ésta es, en la que están comprendidos en su definición otros elementos diferentes a los específicamente económicos. Por ejemplo, dice Pelkmans, que las primeras etapas, las llamadas por él poco ambiciosos esquemas preferenciales, salvo la integración sectorial en la que exige una institución común fuerte, utilizan mecanismos intergubernamentales que no requieren la creación de organizaciones comunitarias sino meras secretarías técnicas.

Pero cuando ya Pelkmans pasa a las cinco etapas superiores de su taxonomía, a partir de la unión arancelaria pura, que conducen hasta la llamada "integración del mercado de productos sin distorsiones", que es, según el propio Pelkmans, generalmente difícil de conseguir, ya estamos en presencia de un verdadero proceso de integración supranacional, en la que es necesario la creación de organizaciones comunes independientes.

Por supuesto, cuando Pelkmans pasa a las etapas más avanzadas, como la integración de los mercados de servicios y factores, la unión económica y la unión monetaria, se trata evidentemente de mecanismos de integración supranacional en todo sentido, que requieren de un componente más importante de instituciones comunitarias, sin las cuales no podría llevarse a cabo.

Es esta clasificación ya un verdadero adelanto de lo que debe analizarse para conocer cuándo un proceso es verdaderamente de integración regional. Pelkmans, aunque manejando la ciencia económica, sale de este ámbito, lo que permite ver otras cosas, y determina con mayor exactitud que en muchas de las etapas de la integración regional pueden utilizarse sólo mecanismos intergubernamentales de manera principal, pero en todo caso la utilización de estos mecanismos deberá ser de carácter transitorio, para luego pasar a etapas más avanzadas donde habrá supranacionalidad.

De manera que ya podemos vislumbrar una definición de integración más completa conforme a la cual podemos apuntar que un proceso de este tipo puede comenzar en el momento en que un grupo de países deciden reducir o eliminar entre sí los aranceles aduaneros a través de mecanismos intergubernamentales, para luego avanzar a etapas superiores que muy probablemente conlleven la creación de organismos supranacionales. Pareciera que para Pelkmans a partir de la unión económica es indispensable la existencia de una autoridad común independiente de los Estados miembros, aunque en nuestra opinión puede haberla antes, que vigile y controle el cumplimiento de los acuerdos. En etapas inferiores, ello no es necesario, por lo menos con el carácter de indispensable que le da Pelkmans, porque en ellas a la hora de la verdad sólo están implicadas decisiones nacionales basadas en acuerdos intergubernamentales.

Sin embargo, en nuestro criterio, en la unión aduanera y en el mercado común es altamente recomendable una organización supranacional ya que la incidencia que tienen las normas que se adoptan en estas etapas, en la vida de los ciudadanos de los países miembros es tan alta que requieren de una autoridad independiente que las aplique y vigile su cumplimiento de una manera permanente y que no dependa de los gobiernos de los Estados participantes, de manera que tales normas puedan permitir el funcionamiento de la experiencia integradora y sus efectos en los Estados miembros.

De manera que el establecimiento de una zona de preferencias arancelarias o de una zona de libre comercio, en tanto constituyan el inicio de un proceso de conformación de un nuevo espacio territorial en el que no haya fronteras ni discriminaciones, puede considerarse como formas de integración regional, pero como resultado final tal establecimiento no dejará de ser sino acuerdos de cooperación intergubernamental. Ello porque la integración puede entenderse como un proceso y como un resultado. Joseph Weiler, Mauro Capelletti y Monica Seccombe y ya vimos que otros más como Haas, Rosenthal y Cohen claramente lo describen de esta manera cuando dicen que la integración es

un término que puede ser usado para englobar todo un espectro de actividades en el que puede haber etapas intergubernamentales y supranacionales⁷⁸⁷.

Así las cosas, en tanto resultado, la zona de preferencias aduaneras y la de libre comercio no serían supuestos de integración propiamente dichos si su objetivo se agota con su creación y no tienen ninguna otra ambición. Ello porque con éstas etapas no se logra la unidad ni la profundidad de los compromisos que se busca en la integración. Pero si consideramos a ésta como un proceso, ésta puede iniciarse a través de una zona de preferencias aduaneras o una zona de libre comercio, si tienen como objetivo, en un tiempo relativamente breve y razonable, convertirse en una unión aduanera u otras etapas superiores como el mercado común, todo lo cual buscaría conformar un nuevo espacio territorial único en el que no hayan discriminaciones en el comercio entre los Estados participantes, donde los mecanismos que llama Pelkmans "poco ambiciosos" sean solamente, y así lo desean los Estados claramente, etapas transitorias e incipientes para lograr un resultado superior, en las que muy probablemente se llegue a la creación de instituciones comunes independientes de los Estados miembros.

1.2. La supranacionalidad y las soberanías estatales

Hay otros elementos que también tienen una relevancia enorme en la conformación del concepto de supranacionalidad como son aquellos que pueden englobarse bajo el nombre de principios rectores del derecho comunitario. Entre éstos destacan la eficacia directa de las normas comunitarias y la primacía del derecho comunitario, que dan a éste una de sus características más típicas: su incidencia inmediata en la esfera jurídica de los Estados miembros y sus ciudadanos.

En este orden de ideas, la supranacionalidad y sus elementos fundamentales, especialmente este último que hemos mencionado, nos llevan al estudio de otro aspecto muy relevante: su incidencia en las soberanías estatales. En efecto, para algunos juristas, la afectación que sufre este elemento estatal es tan enorme en la supranacionalidad que para ellos se da lo que es inconcebible para muchos internacionalistas ortodoxos como es la cesión de soberanías estatales a las entidades internacionales, que por este hecho se convierten en supranacionales. Pero para otros estudiosos del tema, ello realmente no ocurre de esta forma sino que lo que sucede en la supranacionalidad es una atribución de ejercicio de competencias estatales en favor de entidades externas a los Estados, lo que, si bien limita la soberanía, no la elimina o la disminuye en sus originales titulares. Los Estados siguen siendo soberanos en la misma medida de antes, sólo que con algunas limitaciones en el ejercicio de sus competencias, que no tiene carácter definitivo.

⁷⁸⁷ Para Arbuét-Vignali, las zonas de preferencias o de ventajas fronterizas y las zonas de libre comercio constituyen ejemplos de lo que él llama la *integración de bajo perfil*, que, según este autor, "es poco más que una cooperación institucionalizada", que procura incrementar el comercio mutuo entre los asociados y, por este medio, mejorar su desarrollo (ARBUET-VIGNALI, *ob. cit.*, p. 24).

En este tema hay también posiciones intermedias que, como vamos a ver, aceptan la supranacionalidad como un fenómeno nuevo y que, aun no existiendo una verdadera cesión de soberanía, cambia las características originales de ésta porque, para ellos, la soberanía deja de ser única, indivisible, absoluta e inviolable como consideran los ortodoxos estudiosos de este concepto.

Así las cosas, la supranacionalidad ciertamente tiene una incidencia muy importante en la soberanía estatal, que es el elemento del Estado que le permite disfrutar de autodeterminación en el manejo de los asuntos nacionales y dirigir estos aspectos con decisiones propias, sin intervención de organizaciones externas, por lo menos de una manera directa. Esta incidencia, dependiendo de la posición que se adopte, será mayor o menor.

Soberanía es una expresión tomada del latín *summa potestas*, de donde pasó al francés *souveraineté* y sirve desde el siglo XVI-XVII con la consolidación de los Estados nacionales, "para designar un fin político consistente en la reunión de la mayor suma posible de poder político en una sola mano, (...) en manos del Estado" y posteriormente "recibió una nueva acepción científica y política, designándose con ella aquel órgano del Estado al que corresponden todas aquellas facultades del Estado no atribuidas por la Constitución a otros órganos, de modo que en este sentido significa soberanía la situación jurídica inherente, no precisamente a la mayor cantidad de poder, sino al poder supremo y decisivo del Estado"⁷⁶⁸.

Desde un punto de vista conservador, se ha considerado que la soberanía de cada Estado es una sola, indivisible, absoluta y ella va a determinar la forma de las relaciones entre los Estados de la comunidad internacional porque en virtud de aquélla estas relaciones se van a desenvolver en un plano de igualdad y de colaboración, y no de imposición y subordinación⁷⁶⁹.

⁷⁶⁸ En opinión de Erick Hayes Michel, esta noción de soberanía, que fue la más aceptada durante muchos años, "es una noción que entra en franco conflicto con cualquier idea de integración, pues un proceso de integración supone la existencia de un ente supranacional que debe tomar decisiones sobre asuntos concernientes a cuestiones internas de varios países, lo que supondría la violación de la soberanía de aquellos países".

Como se puede observar, la opinión de este autor confunde integración con supranacionalidad cuando ya hemos visto que no necesariamente una integración tiene que ser supranacional (véase HAYES MICHEL, Erick, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Naturaleza jurídica del derecho comunitario", *Seminario Internacional "Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios"*, Corte Suprema de Justicia de Bolivia-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Sucre, 1996, p. 134).

⁷⁶⁹ Para Bruno de Witte, el concepto de soberanía es producto de la imaginación jurídica y, más allá de eso, de una ideología política emergente en un contexto histórico y territorial particular. Este contexto es algunas veces descrito como el modelo de Wesfalia, el cual se destaca por la existencia de Estados independientes. "Independencia", escribió Dionisio Anzilotti, "es realmente no más que la condición normal de los Estados de acuerdo con el derecho internacional; éste pudiera ser descrito también como soberanía (suprema potestas) o soberanía externa, por el cual se quiere significar que el Estado no tiene sobre él ninguna otra autoridad que esa de derecho internacional".

De acuerdo con el derecho internacional tradicional, en un territorio dado sólo una soberanía puede ser ejercida, por lo que los únicos acuerdos posibles entre los Estados soberanos son aquellos basados en un sistema de coordinación y cooperación⁷⁷⁰. Las organizaciones internacionales clásicas descansan en este principio esencial: ellas proveen el marco de trabajo para

Según De Witte, una visión pragmática fue hecha en la Corte Internacional de Justicia en el caso *Wimbledon*, que se ha convertido en *locus classicus* de la doctrina de soberanía del derecho internacional moderno. La soberanía externa de los Estados como la llama Anzilotti, junto con muchos otros autores según De Witte, es el reflejo de una más profunda y enraizada construcción ideológica: esa de la soberanía interna. Este es un elemento central de la doctrina constitucional de la mayoría, si no todos, los Estados europeos la cual puede ser definida como la *última fuente de autoridad legal dentro de un Estado*. Soberanía "externa" e "interna" puede ser distinguida por su claridad, pero ambas son dos dimensiones de un mismo y único concepto.

Este doble carácter de la soberanía ha sido así desde un comienzo. La primera teoría desarrollada de soberanía, hecha por Jean Bodin, provee basamento filosófico a la afirmación de la autoridad de los reyes franceses tanto internamente (contra los nobles feudales) como externamente (contra las pretensiones supranacionales del Papado y el Imperio). Hoy uno puede decir que la soberanía externa no es sino un reflejo o consecuencia lógica de la soberanía interna. Porque la soberanía interna es vista como perteneciente a una institución particular (el Rey o el Parlamento) o una colectividad específica (el pueblo o la nación) dentro del marco de un Estado particular, *"that state as a whole partakes of this ultimate authority in its relation with the outside world"*. El sostén de la soberanía interna es también el sostén de la soberanía externa; pero a través de las ficciones legales empleadas por el derecho internacional, la soberanía externa es atribuida al Estado como un todo, sin tener en cuenta el aspecto de qué institución o colectividad dentro del Estado es la última *"bearer"* de autoridad (DE WITTE, Bruno, "Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition". *The European Courts and National Courts-Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 277-279).

⁷⁷⁰ En este sentido se expresa Pierre Pescatore cuando dice que "si, como el derecho internacional tradicional, uno arranca con la premisa de que en un territorio determinado solamente una única soberanía puede ser ejercida, en otras palabras que solamente puede haber un poder supremo, entonces las únicas vinculaciones posibles entre Estados son aquellas basadas en un sistema de coordinación y cooperación. Las organizaciones internacionales en general descansan en este principio estructural: ellos proveen el marco de trabajo para la cooperación, pero dejan la soberanía estatal intacta. Esto es lo que quiere decir el primero de los principios fundamentales establecidos en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, que establece que "La Organización está basada en el principio de la soberanía igualitaria de todos sus miembros.

No hay duda que tal concepción, según Pescatore, esto es, la concepción de una soberanía indivisible, inalienable y absoluta, constituye una explicación apropiada de la estructura de la sociedad internacional contemporánea. Esto es, de hecho, especialmente si la posición de los grandes poderes es considerada, un sistema de coexistencia y coordinación entre entidades políticas las que, ostensiblemente en cualquier medida, no toleran ninguna clase de reducción de la plenitud de sus poderes y su autodeterminación en las relaciones internacionales. Las relaciones forjadas en tales condiciones son inevitablemente débiles e inestables. En cualquier momento, el derecho internacional es posible que sea agredido por acciones tomadas por los Estados en el ejercicio de la plenitud de su soberanía.

En criterio de Pescatore, desde el punto de vista de la teoría del derecho el error consiste en transformar esta concepción, la cual es puramente voluntaria y contingente, en un principio legal absoluto. Si uno arranca de la asunción que de la soberanía nacional es inalienable, no puede ser posible de explicar la clase de relaciones internacionales, reales como son, que se desarrollan cuando la posibilidad de una división y una "refashioning" de las soberanías es admitida. Todavía cuando tan pronto la última hipótesis sea aceptada, nuevas vinculaciones estructurales serán posibles (PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 30).

la cooperación, pero dejan la soberanía de los Estados intacta ya que son los Estados, ejerciendo la soberanía, los que deciden qué van a hacer en ese marco. Aunque, como dicen algunos autores, "cualquier tratado internacional, en cierto sentido, supone una autolimitación de la soberanía"⁷⁷¹. Para José Luis Iglesias Buhigues, por ejemplo, está fuera de toda discusión hoy este problema: "el Derecho Internacional supone el límite jurídico de la soberanía estatal y es perfectamente factible que los Estados puedan convenir entre sí nuevas limitaciones de su soberanía"⁷⁷².

En este orden de ideas, hay autores que consideran que los tratados internacionales, aún los más típicos, suponen para los Estados signatarios una limitación de su soberanía, pero en el caso de las comunidades supranacionales tal alcance es extraordinario comparado con la anterior forma de entablar relaciones internacionales (la cooperación internacional) y en criterio de alguno de ellos "sin precedentes en la historia de las relaciones internacionales"⁷⁷³.

Así las cosas, cuando hay supranacionalidad, pareciera que la soberanía no fuese una sola, absoluta e indivisible, sino que estas características que tradicionalmente se consideraron unidas a aquélla parecen rotas o modificadas, a menos que hagamos uso de otras concepciones en las que se piense que la soberanía no se ve realmente afectada sino limitada⁷⁷⁴, como lo piensa Elisa Pérez Vera cuando dice que "se impone, ante todo, un replanteamiento del tema de la soberanía, utilizada durante demasiado tiempo como instrumento legitimador de un poder estatal, excluyente en el ámbito territorial y absorbente en el plano personal"⁷⁷⁵.

⁷⁷¹ PEREZ TREMPES, *ob. cit.*, p. 39.

⁷⁷² IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 110.

⁷⁷³ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 111.

⁷⁷⁴ De Witte considera que la soberanía es ciertamente parte del grupo de principios legales que son comunes en los países de la Europa occidental. Pero quizás, en criterio de este autor, hay menos en común hoy que cincuenta o veinte años atrás. Soberanía es un concepto legal que continúa teniendo consecuencias prácticas en la estructura, desde la perspectiva constitucional nacional, de la relación entre el derecho comunitario y los órdenes legales nacionales, pero ese significado e importancia varía considerablemente. Los desacuerdos por parte de la doctrina tradicional comienzan desde la consideración pragmática de que la soberanía formal no puede existir con la ausencia de una capacidad efectiva de los Estados para adoptar autónomamente acciones, una capacidad que los Estados miembros de la Unión Europea han perdido en pequeña o gran medida. El poder político es ahora desagregado entre muchas instituciones tanto del nivel nacional como del europeo. Y se pregunta este autor: ¿es la ficción legal de que todos esos poderes emanan de una fuente única —el pueblo de la nación-Estado— y que ellos se mantienen sujetos a su control, todavía sostenible? (DE WITTE, *ob. cit.*, p. 302).

⁷⁷⁵ PEREZ VERA, *ob. cit.*, p. 673.

1.2.1. La consideración de la soberanía única, indivisible, absoluta e inviolable

Se han propuesto varias teorías para explicar lo que sucede con las características originales de la soberanía estatal cuando existe la supranacionalidad. Una de ellas expresa que el concepto tradicional de soberanía estatal, éste es, como un elemento único, absoluto, inviolable, indivisible e indelegable, no permite una experiencia como aquélla⁷⁷⁶.

En esta posición podemos incluir a los que perentoriamente niegan la divisibilidad de la soberanía, los que la consideran como la capacidad de ser libre de los imperativos del derecho en situaciones límite o a estudiosos como Rosentiel que ven a la soberanía como una "intervención en lo excepcional" ("[e]s soberano aquel que decide en lo excepcional"⁷⁷⁷), con lo cual niegan la regla del derecho de *Pescatore*, y además consideran a la soberanía como indivisible ("su división es imposible, de tal suerte que no tolera cerca de sí más que cantidades de dimensiones y orígenes semejantes"), superior al derecho, única ("[l]a soberanía es una cualidad, una propiedad; no permite ni adición, ni sustracción"), superlativa, eterna, inalienable, "como el único Dios", expresiva de la voluntad política, la cual precede la voluntad legal ("[l]o soberano, en tanto que político, precede y sobrevive a todo")⁷⁷⁸.

También podemos considerar que comparte esta posición Bodino, para quien "la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república"⁷⁷⁹. Esta son quizás las posiciones más drásticas y

⁷⁷⁶ Muchos autores han argumentado por años que no se pueden llevar a acabo innovaciones como la de la Comunidad Europea adaptando los viejos principios. En criterio de De Witte es necesario abandonar el concepto tradicional de la soberanía estatal única e indivisible y revivir la doctrina alternativa de la soberanía dividida. La doctrina de la soberanía única e indivisible estuvo en voga en partes del siglo XIX en Estados federales como los Estados Unidos, Alemania y Suiza, pero ha desaparecido de la escena constitucional y filosófica desde el comienzo del siglo XX. Aun en Estados federales, la soberanía es mantenida residiendo en el pueblo del país como un todo; esto es aun cierto en Suiza pese al hecho de que su Constitución establece la soberanía de sus cantones (DE WITTE, *ob. cit.*, p. 302).

⁷⁷⁷ ROSENSTIEL, Francis, *El Principio de la "Supranacionalidad"*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 44. Merece destacarse la siguiente cita de este autor: "lo propio de lo excepcional es precisamente ser extrajurídico. Las comunidades, en tanto que jurídicas, no son soberanas. El poder, aunque sometido a las normas y a los límites del derecho, le es superior de manera suficiente para paliar sus eventuales deficiencias. Lo soberano se encuentra, pues, en alguna manera fuera de la legalidad normalmente en vigor, aunque le pertenezca en el plano intertemporal; sólo él puede, por ejemplo, decidir si conviene abolir enteramente la constitución (sic) (mientras que al ejecutivo de las comunidades "supranacionales" no le sería posible replantear el principio de su existencia o su propio estatuto)".

⁷⁷⁸ ROSENSTIEL, *ob. cit.*, p. 45.

⁷⁷⁹ Citado por ROSENSTIEL, *ob. cit.*, p. 44.

ortodoxas pero que, por su desconexión con la realidad, ya no se toman en cuenta de una manera muy confiable en la actualidad.

Otros autores consideran que en la supranacionalidad la soberanía no se divide y sigue siendo una sola ya que realmente la supranacionalidad no existe si la consideramos como que permite a un organismo internacional esté por encima de los Estados, ejerciendo facultades o competencias hasta ese momento soberanas de los mismos. Es Rosenstiel quien mantiene una posición como esta, de la que ya adelantamos algo al inicio de estas referencias teóricas, cuando dice: "De la soberanía, cuyo permanente monopolio pertenece a las naciones (o a los ciudadanos), no consideramos más que las formas históricas del poder político que no pueden adaptarse más que transformarse. El problema de la soberanía o de la no soberanía de las comunidades "supranacionales", es un falso problema: no es posible, en efecto, para una entidad que tiene ningún fundamento sociológico pretender la menor soberanía. Las comunidades "supranacionales" no son más que prolongaciones funcionales debidas al ejercicio de las soberanías nacionales. No cabe hablar a propósito de las comunidades "supranacionales" de transferencias o cesiones de soberanías"⁷⁸⁰.

1.2.2. La consideración de diferencias entre los conceptos de soberanía y competencia

La otra posición a la que podemos hacer referencia en esta discusión es la que sostiene que, ciertamente, la soberanía es única e indivisible pero, al contrario de la anterior, sí considera que es posible la figura de la supranacionalidad a través de la diferenciación entre el concepto de soberanía y el de competencia.

Según esta posición, lo que realmente ocurre en la supranacionalidad no es una división de la soberanía como tal, en la que el Estado pierde parte de ella y es menos soberano, sino que lo que hace un Estado cuando participa en un proceso de integración supranacional es atribuir al organismo comunitario el ejercicio de las competencias materiales de ciertas potestades soberanas, mas no las potestades en sí mismas, que en todo caso seguirán estando en el patrimonio jurídico del Estado, por lo que la soberanía se mantiene incólume en el mismo aunque limitada. Los que aceptan esta posición creen haber resuelto la paradoja de los Estados que habiendo accedido a un sistema de integración supranacional, sin embargo se considere que han conservado su soberanía intacta⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ ROSENSTIEL, *ob. cit.*, pp. 56-57.

⁷⁸¹ Para Pieter Ver Loren van Themaat pareciera que los que son soberanos en un proceso de integración son los Estados miembros cuando dice que "yo soy de la opinión que contrario a los miedos del Reino Unido, no es cierto que la unión monetaria necesariamente lleva a un Estado federal, o que ésta afectará el libre ejercicio por el Reino Unido de sus derechos soberanos más que las fuerzas del mercado internacional o que en sus obligaciones bajo la existencia de las reglas

Para los defensores de esta tesis, la soberanía debe ser entendida como un haz de competencias jurídicamente configuradas, que pueden ser distribuidas, en donde esta técnica de distribución no implica la desaparición o reducción de la soberanía puesto que, incluso cuando hay supranacionalidad, los Estados conservan frente a la organización internacional la competencia nacional que les permite actuar en las materias atribuidas si se trata de las que el tratado constitutivo o los órganos comunitarios consideran que los Estados miembros pueden actuar a través de actos internos por ser competencias propias o las que se considera que hay competencias compartidas con la organización supranacional.

Podemos incluir en esta posición a los que sostienen que en la supranacionalidad lo que ocurre es lisa y llanamente el ejercicio de poderes⁷⁸² por parte del ente comunitario en lo que actuaciones normativas, ejecutivas y judiciales, tradicionalmente desarrolladas por el Estado, se llevan a cabo por aquel ente como consecuencia de la supranacionalidad. De acuerdo con esta

comunitarias. La experiencia británica con su unión monetaria formada con Irlanda, como la unión monetaria entre Bélgica y Luxemburgo, la cual continúa en función, prueban que todos esos miedos británicos son injustificados". Dice este autor que "yo estoy más y más convencido que el modelo final no deberá ser aquel de un Estado federal europeo, y esto deberá quedar claro tan pronto como sea posible. En primer lugar, yo estoy convencido que no sólo Dinamarca y el Reino Unido, sino también Francia y muchos de los otros Estados miembros nunca aceptarían una *real transfer of their sovereignty* a tal Estado federal. (...) Repito como dije arriba que, después de su experiencia con los dominantes Estados federales, uno no puede esperar que los Estados europeos del centro y del este estarán dispuestos a transferir su nueva "reganada" soberanía a otro Estado federal. Finaliza este autor diciendo que "the model of a gradually strengthened international organization of sovereign states, pooling parts of the exercise of their sovereignty in a workable and flexible institutional system may carry with less risk of turning into an unpalatable, inward-looking, European fortress than a federal state could (VER LOREN VAN THEMAAT, Pieter, "The Dialectic Relationship between Institutional Law and Substantive Tasks in and after the Treaty of Maastricht: Some Lessons from Henry G. Schermers and from Jean Monnet", *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Martinus Nijhoff Publishers, London, pp. 16-19).

⁷⁸² Pierter VerLoren van Themaat, comentando la "Declaración del Desarrollo Progresivo de los Principios de Derecho Internacional Público Relativos al Nuevo Orden Económico Internacional", adoptada en la Conferencia 62ª de la Asociación de Derecho Internacional, celebrada en Seúl en 1986, dice que el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, actividades económicas y salud puede ser matizado en el sentido de que dicha soberanía puede ser *ejercida* por otros, a través de tratado o contrato, idea esta que se asocia a la integración económica entre Estados. Sin embargo, al mismo tiempo dice, "Moreover, clearly in view of the pooling or transfer of legislative sovereignty in certain areas of economic activities within the European Economic Community". Al final agrega este autor: "Because of his previous and present experience in the context of broader world relations he will neither be too surprised that the *principle of freedom* in this wider field has primarily assumed the meaning of the permanent sovereignty of states. Indeed, sovereignty in the world as a whole inevitably plays an ever bigger role than it does within the Communities" (VER LOREN VAN THE MAAT, Pieter, "The Interaction between European Community Law and Public International Law in the Light of the Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order" adopted at the 62nd Conference of the International Law Association, held in Seoul, 1986", *Du droit international au droit de l'integration* (Liber Amicorum Pierre Pescatore), Nomos Verlagsgesellschaft, Badem-Badem, 1986, p. 772).

concepción, lo que ocurre en la supranacionalidad es que se produce un abandono de competencias por parte de los Estados en favor del ente supranacional, por lo que se puede identificar supranacionalidad con limitación de soberanía, pero no con cesión de ésta.

Haciendo referencia a esta posición, que pareciera no compartirla, Pérez Tremps sostiene que "si la soberanía se corresponde a la suma de los poderes del Estado, y parte de dichos poderes dejan de ejercerse por éste para ser desarrollados por un ente supraestatal, ello supone, sencillamente, limitar la soberanía"⁷⁸³. En donde, agregamos nosotros, limitar la soberanía no significa necesariamente la pérdida parcial o total de ésta, por lo menos de una manera definitiva sino en todo caso temporal, lo que no es propio de una cesión o transferencia.

Con todo esto lo que queremos decir es que lo que ocurre en la supranacionalidad es la atribución por parte de los Estados del ejercicio de ciertas competencias en favor de un ente externo a ellos, con el correspondiente compromiso a la renuncia de su ejercicio en muchas de ellas, lo que obviamente implica una limitación de sus soberanías pero no su pérdida o reducción. Se entiende que lo que consideran algunos autores como cesión pudiera ser una transferencia "entendido este término en su sentido técnico-administrativo"⁷⁸⁴, esto es, la existencia de una simple delegación parcial y condicionada, siendo revocable, o estando provista de reservas que autorizan su reintegración o su recuperación en manos de su titular inicial. Por ello, no creemos que ocurre en la supranacionalidad una cesión de soberanía sino un mero traspaso de ejercicio del poder sin perjudicar la soberanía originaria, que queda intacta en sus aspectos sustanciales⁷⁸⁵.

Para José Luis Iglesias Buhigues esta característica administrativa de la atribución del ejercicio de competencias es muy importante, aunque él la refiere como una característica fundamental de la supranacionalidad, que en el fondo coincide con lo que exponemos. En efecto, dice este estudioso del tema que las instituciones comunitarias disfrutan de la atribución del ejercicio de competencias en la que desempeñan no sólo una función de coordinación de los intereses de los

⁷⁸³ PEREZ TREMP, *ob. cit.*, p. 39.

⁷⁸⁴ PEREZ TREMP, *ob. cit.*, p. 49.

⁷⁸⁵ Según un autor, los poderes de los órganos comunitarios no tendrían significado si no fueran por el correspondiente "surrender of sovereignty by the member states", que en su criterio es sólo parcial y circunscrito a las obligaciones del tratado, pero es suficiente para delimitar una relación entre los Estados miembros y la Comunidad. La relación está basada no solamente en las obligaciones del Tratado de tipo contractual sino también en obligaciones que resultan en instituciones supranacionales y un cuerpo separado de derecho. Para este experto, en los términos del Tratado de la Comunidad los Estados construyen las instituciones comunitarias y crean un cuerpo de derecho para regular las actividades económicas de los miembros. Aunque, en criterio de este autor, "surrender of a certain portion of sovereignty is not explicit enough to create a federal state or a federal government of the Community". Además, en este estado de su desarrollo, la Comunidad es una asociación de Estados soberanos con un potencial federal (LASOK, D. Y J. W. Bridge, *Laws and Institutions of the European Communities*, London Butterworths, Londres, 1987, pp. 33-34).

Estados miembros sino que los administran. En virtud de esa atribución de competencias, en criterio de Iglesias se establece un "poder administrativo superior"⁷⁸⁶, supranacional, provisto de una función indiscutida en derecho administrativo interno: la potestad reglamentaria o facultad ordenadora de la administración. De ahí que la mayor parte de las medidas dictadas por las comunidades supranacionales emanan de lo que se llama la función administrativa e ilustran la actividad de administración económica. Por esto se puede decir que generalmente en las comunidades supranacionales los Estados miembros se deshacen de la tarea administrativa.

Efectivamente, las tres funciones o potestades que conoce la ciencia administrativa -la normativa, la de gestión y la de policía o intervención- pueden encontrarse en las comunidades supranacionales, pero lo que caracteriza al órgano supranacional es precisamente el grado de intensidad de cada una de ellas en donde el rasgo característico es el de la función de policía o intervención que, en su sentido amplio, abarca la potestad de intervención en la esfera de los particulares y los propios Estados, lo que, en criterio de Iglesias Buhigues, confirma la naturaleza administrativa de las comunidades supranacionales⁷⁸⁷.

En línea con esta posición de la naturaleza administrativa de la supranacionalidad, Pablo Pérez Tremps señala respecto de la transferencia de competencias en la integración supranacional y su carácter de cesión de ejercicio y no de poderes soberanos⁷⁸⁸ que si fuese esto último lo que

⁷⁸⁶ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 115.

⁷⁸⁷ Respecto a la naturaleza administrativa de las Comunidades Europeas (la llamada vocación administrativa), recomendamos consultar el interesante trabajo IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, pp. 115-116.

⁷⁸⁸ Para Bruno de Witte, es claro que la atribución de poderes no implica un abandono parcial de soberanía; sólo el ejercicio de esos poderes pueden ser transferidos a la institución internacional, lo que implica que ellos pueden retornar a las instituciones del Estado a la terminación del tratado o por cualquier otro evento en el futuro. Cada una de las Constituciones de los Estados miembros contiene una previsión permitiendo limitaciones de soberanía o la transferencia de los poderes soberanos a las instituciones internacionales. Uno puede concluir, en criterio de De Witte, que en las postrimerías de 1945 en Europa Occidental, emergió un compromiso doctrinal, la cual es común en varios Estados, entre el concepto tradicional de la soberanía estatal y las nuevas necesidades de cooperación internacional y de integración europea. Esta doctrina europea común puede ser enunciada de la manera siguiente: la soberanía continúa residiendo en el pueblo y es para ser ejercida en forma primaria por las instituciones del Estado. Este ejercicio de poderes soberanos puede ser dispersado horizontalmente, entre las instituciones centrales del Estado (la legislativa, la ejecutiva y la judicial), pero no hay obstáculos conceptuales contra su dispersión vertical, entre instituciones subnacionales, como los Länder en Alemania, para participar en el ejercicio de poderes soberanos. Similarmente, gracias a las innovaciones constitucionales de la post-guerra, el ejercicio de poderes estatales puede ser atribuido a organizaciones internacionales como la Comunidad Europea. Como resultado de esto, la acción por la Comunidad Europea de alguna forma aparece como otro modo para los Estados miembros asumir su propia soberanía, no más a través de la autonomía, sino a través de un proceso de toma de decisiones común. Desde esta perspectiva del ejercicio conjunto de la soberanía, las instituciones de la Unión Europea son, como eran, actantes en parte de varios pueblos soberanos de los Estados miembros. Todavía, y esto es una reminiscencia firmemente establecida por la doctrina constitucional, nada ha cambiado en las reglas básicas de que la

ocurriera en aquélla "[e]n caso de que la Comunidad Europea desapareciera, la competencia no volvería, pues, automáticamente al Estado que la había cedido, sino a quien el ente en desaparición, titular de ella, determinara; podría así cederla a un tercer Estado o a un nuevo ente", y agrega: "No parece que esta solución sea la que se defendiera en el caso de disolución de la Comunidad, en el que, más bien, se presumiría la reversión automática de las potestades cedidas a los distintos Estados"⁷⁸⁹.

Considera Iglesias Buhigues que en la supranacionalidad la soberanía quedará limitada por las normas emanadas de los órganos comunitarios. De esta forma, el Estado miembro de la comunidad supranacional renuncia a hacer depender de su propio consentimiento la formación y aplicación de la decisión supranacional, que puede originar la obligación sin, e incluso contra, su consentimiento, por lo que sí se produce una colisión de voluntades -supranacional y estatal- la segunda debe someterse y la primera puede imponerse, lo que es la esencia de la supranacionalidad. Lo que se abandona, en criterio de Iglesias, "no es la soberanía como tal, sino una parte de su campo de aplicación"⁷⁹⁰. Ahora bien, aclara este autor, si el todo el conjunto de las competencias materiales estatales se atribuyen a un órgano superior al Estado, ello conduce a la disolución total del poder estatal y, por consiguiente, la soberanía del Estado desaparece⁷⁹¹.

soberanía en sí misma continúa residiendo en el pueblo y no puede por consiguiente ser enajenada, ni en todo ni en parte, por las instituciones del estado. Este compromiso lo asumen los Estados miembros, al menos al momento de la adhesión a las Comunidades Europeas y permite una precaria preservación del concepto unitario tradicional de soberanía mientras al mismo tiempo, se logra la integración de las soberanías impuestos por los desarrollos políticos de la post-guerra.

Todavía, detrás de esta armoniosa visión de las cosas, hay un mayor problema conceptual. Como la soberanía fue tradicionalmente definida como la última fuente de cualquier ejercicio particular de autoridad legal por las instituciones estatales, se pregunta este autor ¿cómo puede ser compatible esta idea con la situación sin precedentes en la que el poder es ejercido por instituciones supranacionales sin control directo por los Estados, particularmente en casos donde los actos comunitarios puede ser adoptados por voto mayoritario, contra los puntos de vista de los miembros del Consejo y el Parlamento Europeo quienes pueden decir que representan a los pueblos de un Estado particular? ¿no es esta una construcción artificial para poner a estos mecanismos institucionales bajo la rúbrica de "el ejercicio común de la soberanía del estado?" (DE WITTE, *ob. cit.*, pp. 282-286).

⁷⁸⁹ PEREZ TREMPES, *ob. cit.*, p.54.

⁷⁹⁰ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 111.

⁷⁹¹ Como lo describe Bruno de Witte, aparece que en un número de Estados miembros de la Comunidad Europea, los tribunales supremos, en lugar de aceptar la absoluta supremacía del derecho comunitario europeo, lo que ha sido requerido por el Tribunal de Justicia, han establecido un balance legal finamente sintonizado entre los requerimientos de la integración europea y la soberanía estatal; hablando en general, no ha habido una suave armonización del principio de soberanía con los requerimientos legales de la integración europea, sino más bien una coexistencia pacífica cuyo mantenimiento está en las manos de las instituciones políticas y judiciales de los Estados miembros. Según este autor, el año de 1990 puede retrospectivamente ser visto como la marca más alta de integración legal europea. Después de la decisión *Nicolo* del Consejo de Estado francés en 1989 y la sentencia *Factortame* de la Cámara de los Lores en Gran Bretaña en 1990, la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional pareció sólidamente afirmada en todos los Estados miembros.

Iglesias hace una determinación importante a este respecto: "Las soberanías están limitadas por la norma, pero limitación no significa transferencia ni poder supremo"⁷⁹² por lo que es claramente comprensible que, si bien es cierto que lo que hay en la supranacionalidad es la atribución del ejercicio de competencias, ello por supuesto implica también una limitación de la soberanía, aunque ésta se mantenga intacta en manos de los Estados, ya que el sólo hecho de que no pueda ejercer sus competencias naturales en ciertas áreas por haber atribuido su ejercicio, mas no su titularidad, a los órganos supranacionales ya ello de por sí significa una limitación de la soberanía, como ya ocurre en los tratados internacionales de cooperación.

Para esta posición, para la que tan sólo ocurre una limitación de soberanía, mas no una cesión de ésta, los Estados, justamente en virtud de su soberanía, establecen un mecanismo supranacional y en virtud de esa misma soberanía, pueden extinguirlo si lo estiman conveniente a los intereses nacionales. Por esto, como lo dice Iglesias Buhigues, la supranacionalidad es un efecto jurídico de la soberanía, debido a lo cual en lugar de aquélla limitar, reducir o eliminar a ésta, sucede más bien todo lo contrario: la supranacionalidad existe porque la soberanía así lo permite y los Estados así lo deciden "soberanamente". Por esto, no cabe hablar de transmisión de soberanía de los Estados a una comunidad de la misma forma, como también lo señala Iglesias, que no cabe

"State sovereignty was not much heard of any more" dice de Witte. Aun en el Reino Unido, el principio de la soberanía del Parlamento había efectivamente sido matizado por las bases de la creativa doctrina constitucional desarrollada por la Cámara de los Lores. Las especulaciones acerca de las reservas constitucionales a la recepción completa del derecho comunitario parecieron confinadas a Alemania e Italia y pueden aparecer más gestos simbólicos que golpes efectivos a la aplicación uniforme del derecho comunitario. En efecto, la Corte Constitucional italiana consistentemente ha mantenido que esas limitaciones de soberanía no pueden ir tan lejos como anular la soberanía en sí misma.

Hay, según de Witte, "counter limits" (*controlimiti*) formado por los principios fundamentales del orden constitucional italiano contra los cuales el derecho comunitario no puede tener primacía. Cuando las instituciones del estado ejercen poderes soberanos, ellos deben respetar los valores fundamentales y los principios de la Constitución; uno no puede aceptar una renuncia completa a esos valores y principios cuando los poderes son atribuidos a las instituciones europeas. El Tribunal Constitucional alemán también ha desarrollado la teoría de los "counter limits", la cual fue formulada en sus sentencias *Solange I* and *Solange II*, de 1974 y 1986 respectivamente. Así, las cláusulas de limitación de soberanía han sido interpretadas de manera similar por los tribunales alemán e italiano en el contexto de la integración europea.

Esas cláusulas tiene un doble rol. Por un lado, permite una integración sin traumas del derecho comunitario dentro del sistema legal nacional, descartando la doctrina dualista para el beneficio exclusivo del derecho comunitario y asegurando el efecto directo y la supremacía del derecho comunitario en toda situación "normal". Por otro lado, las cláusulas de soberanía permiten a los tribunales constitucionales de esos dos países proteger lo que ellos consideran deben ser la "coraza" de la Constitución contra cualquier perjuicio del derecho comunitario; de esta forma, estos tribunales continúan asumiendo lo que ellas conciben es su función, que es ser guardian de la Constitución contra perjuicios tanto internos como externos (DE WITTE, *ob. cit.*, pp. 288-293).

⁷⁹² IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 111.

hacerlo entre la sociedad compuesta y los componentes, soberanía al mismo nivel, porque ambas chocarían⁷⁹³.

Por lo anterior, si identificamos competencias con soberanía, de tal modo que cada competencia estatal respondiera a una parcela de la soberanía del Estado, la comunidad sería soberana en una parte concreta y en otra no, y lo mismo sucedería con las sociedades compuestas, sin que por ello la primera pudiera garantizar la eficacia de sus decisiones y lo que es más importante, sin que pudiera asegurar su propia existencia, lo que, precisamente, es su atributo supremo y razón misma de los Estados soberanos.

Así las cosas, para esta posición, definir la soberanía como un conjunto de competencias carece de contenido jurídico y tal definición puede aplicarse tanto a una colectividad no estatal como a un servicio público internacional y, en definitiva, a cualquier sujeto de derecho internacional. Y se pregunta Iglesias: "Si se pretende que la competencia atribuida a la Comunidad funciona como una parte de la soberanía estatal desgajada del todo, de manera que ésta es soberana en lo que al contenido y alcance de la competencia transferida se refiere, cabe preguntarse cuál es ese atributo, facultad o poder que, por encima de esa parte de "soberanía" entregada a la Comunidad -incluso contra ella- controla y decide, o puede hacerlo, "in extremis" sobre toda manifestación comunitaria. O se inventa un calificativo para titular aquello que prevalece sobre la "soberanía supranacional" (...) o se rechaza la idea de la transmisión de "parcelas" de soberanía a las entidades supranacionales⁷⁹⁴.

Para esta posición, como vemos, la supranacionalidad deja intacta la soberanía y sólo puede hablarse de atribución del ejercicio de competencias de los Estados a la Comunidad⁷⁹⁵. Esta

⁷⁹³ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 112.

⁷⁹⁴ IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 112.

⁷⁹⁵ Según Weiler, la Comunidad es un sistema de "atribuidas", "enumeradas", "limitadas" competencias, lo cual ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia europeo tempranamente en el caso 26/62, *Van Gend & Loos*, donde se expresó que la Comunidad constituye "un nuevo orden legal de derecho internacional para el beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos dentro de campos determinados. Para un más directo lenguaje, los casos conjuntos 7/56 y 3-7/57 (*Dineke Algera et. Al. V. Common Assembly of the European Coal and Steel Community*, 1957, ECR 39), la opinión del Abogado General Lagrange según la cual "el Tratado está basado en una delegación con el consentimiento de los Estados miembros de soberanía a la institución supranacional para un estricto propósito definido. Este autor cita una frase de Koen Lenaerts según la cual este autor concluye que "There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community (LENAERTS, Koen, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, 38 Am. J. Comp. L. 205, 220 (1990)).

Dice Weiler que el orden legal europeo fue traído del derecho internacional público en la vía normal que estas cosas pasan: había una comunión entre algunos Estados -las Altas Partes Contratantes- los cuales negociaron, firmaron y subsecuentemente ratificaron los tratados constitutivos los cuales dieron lugar, primero, la Comunidad Europea del carbón y del Acero y luego, como unas mellizas, la Comunidad Económica Europea y la Euratom. Esta manera de concepción, según Weiler, en el curso normal de la vida internacional, determinaría el código genético de la nueva criatura: una

atribución de competencias, en criterio de los autores que defienden este punto de vista, puede realizarse por diversos caminos como que los Estados atribuyen el ejercicio de la totalidad de sus competencias a una comunidad sobre determinadas materias, por un reparto de la competencia entre los Estados y la Comunidad sobre la misma materia y por último, puede existir una concurrencia entre los Estados y la Comunidad. No existe una soberanía propia de la comunidad supranacional. Solamente existen competencias, posiblemente muy amplias, de esa comunidad, pero todas esas competencias no pueden ser encerradas en un concepto supremo de "soberanía".

Por esto, para posiciones como la que nos ocupa en la que no hay cesión de soberanía, es preferible hablar, como lo hace el artículo 93 de la Constitución Española, de "atribución del ejercicio de competencias", en donde la utilización del concepto de "atribución" sirve para evitar los problemas que lleva el de transferencia, el cual puede entenderse para algunos como afectación de la soberanía y para otros que no, y por otro lado que lo que se atribuye no son unas competencias sino su ejercicio, con lo cual se mantiene la intangibilidad del concepto de soberanía porque la titularidad de la competencia, en cuanto manifestación del poder del Estado, permanece atada a éste: "lo que se cede al ente supranacional es su ejercicio"⁷⁹⁶. El ente supranacional sólo sería titular secundario de unos poderes y a posesión originaria únicamente sería posible mediante el auténtico cambio de esa titularidad, que para producirse, exigiría una técnica jurídica distinta a la integración supranacional y que se parecería más a la creación de un nuevo ente estatal.

Esta parece ser la posición que comparte el Tribunal Constitucional español que rechaza, como destacan García de Enterría y Alonso García, que el artículo 93 de la Constitución española debe ser entendido como una cláusula para la transferencia irreversible de poderes, en donde lo que se permite es atribuir el ejercicio de tales poderes, no la titularidad sobre los mismos, a la organización o instituciones internacionales. Esto es distinto al problema de la ilimitada atribución de poderes, es decir, ello no alude a la no menos compleja cuestión de los términos en los que la institución receptora puede ejercer los poderes atribuidos, en la que parecería que no hay límites al

organización internacional con una personalidad jurídica separada, pero sin medida de independencia o poder para erradicar su subordinación a los Estados padres y su sujeción a las leyes clásicas que gobiernan las relaciones contractuales entre los Estados.

Los Estados, como los dioses olímpicos, en criterio de Weiler, retendrían "ultimate masters of their creation". Esta posibilidad de dirigir los Estados a la organización no evita actos de autolimitación, como por ejemplo el poder que pueden tener estas organizaciones para dictar decisiones obligatorias a los propios Estados y pueden privilegiar a pocos Estados en el proceso de toma de decisiones. Pero, en cualquier momento, mientras los Estados actúan al unísono, ellos pueden cambiar el status o las capacidades de la organización (WEILER, J. H. H. Y Ulrich R. Haltern, "Constitutional or International? The Foundations of the Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz-Kompetenz", *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 332-337).

⁷⁹⁶ PEREZ TREMPs, *ob. cit.*, p. 50.

quantum de la atribución en sí misma, más allá de la hipótesis de una cuasi absoluta transferencia de poderes por las autoridades públicas españolas⁷⁹⁷.

Ciertamente, la decisión del Tribunal Constitucional español sobre el Tratado de Maastricht del 1 de julio de 1992 deja claras dos cosas: por un lado, que el artículo 93 de la Constitución lo que establece es la figura de la atribución del ejercicio de competencias, no la titularidad sobre éstas, con lo cual parecería estar de acuerdo en la negación de la naturaleza irreversible de la membresía en la Comunidad-Unión Europea, como la dejó establecida el Tribunal de Justicia europeo en la sentencia del caso Flaminio Costa (6/64), aunque *de facto* tal irreversibilidad pudiera ser inevitable. Por el otro lado, la sentencia Maastricht española expresa que el prerrequisito que determina el uso del artículo 93 es precisamente aquel de la atribución del ejercicio de poderes, sean éstos normativos, ejecutivos o judiciales, a una organización o institución internacional.

De acuerdo con esto, el *modus operandi* usado por la organización internacional que recibe los poderes atribuidos no parece ser crucial en la determinación de la necesidad de la autorización legislativa de acuerdo con el procedimiento de las leyes orgánicas. En otras palabras, es la atribución del ejercicio de competencias y no la manera por la que estos poderes atribuidos son ejercidos lo que determina el uso del artículo 93 de la Constitución española. De acuerdo con el Tribunal Constitucional español, con la excepción de la peculiaridad procedimental que requiere la autorización por ley orgánica, los Tratados Europeos no son diferentes a cualquier otro tratado internacional⁷⁹⁸.

1.2.3. La posición que acepta la división de la soberanía en la supranacionalidad

La última posición a la que se puede hacer referencia en la discusión de la incidencia de la supranacionalidad en las soberanía estatales es la que considera que, efectivamente, cuando hay supranacionalidad se produce una división de la soberanía, la cual quedará repartida entre los Estados y la organización comunitaria ya que la supranacionalidad implica una nueva concepción de la soberanía estatal en la que, por razones de interés común, este atributo deja de ser único e indivisible y en consecuencia los Estados conserva una soberanía dividida y no absoluta⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Ricardo ALONSO GARCIA, "Reporte español sobre la influencia del derecho comunitario en el derecho constitucional", *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung. Das Ineinandergreifen von nationalem und europäischem Verfassungsrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 296-303.

⁷⁹⁸ GARCIA DE ENTERRIA y Alonso García, "Reporte español...", *ob. cit.*, pp. 296-303.

⁷⁹⁹ La teoría de la soberanía dividida no puede ser fácilmente reconciliada con la estructura lógica del término "soberanía", e la opinión de Bruno de Witte. Si "soberanía" denota la última autoridad dentro de un territorio particular, entonces parece más lógico, en criterio de este autor, concebir esta

Esta última es la posición de Pierre Pescatore, quien considera que la creación de instituciones comunes, organizadas de tal manera que todos los Estados participantes pueden reconocer su objetividad, hace aceptable las limitaciones a la soberanía nacional para la incorporación a un sistema gobernado por el derecho de la integración. Agrega este autor que estos conceptos de soberanía limitada, compartida y transferida son más que visiones teóricas y más que explicaciones posteriores del asunto: son conceptos legales operativos⁸⁰⁰.

En línea con esta posición, Jean-Victor Louis considera que "[l]a idea de soberanía divisible es perfectamente adecuada para describir el funcionamiento de un mecanismo de integración, ya sea para referirse al "reajuste" de las soberanías, ya a la "fusión" de las mismas o al "ejercicio común" que dicho mecanismo supone", y agrega este autor: "Nada hay que objetar a la utilización de la noción de soberanía y de atribución o transferencia de derechos soberanos (...) en el que el Tribunal se niega "a ver en la conclusión de un tratado cualquiera por el que un Estado se compromete a hacer, o a no hacer, cualquier cosa, un abandono de su soberanía", ya que "la facultad de contraer obligaciones internacionales es precisamente uno de los atributos de la soberanía del Estado"⁸⁰¹.

autoridad última como sostenida por una institución o colectividad más que dispersa entre varias instituciones. Si la soberanía es dividida, ésta pierde su característica más destacada, según De Witte. Destacar esta dificultad no es para tratar de construir una alternativa, una más amigable-europea doctrina de soberanía, sino abandonar el concepto de soberanía en el discurso constitucional-legal en integración.

Varios autores, en distintos países, recientemente han hecho cortas pero intrigantes sugerencias de esta naturaleza. Sus opiniones parecen ser que, en la relación entre los Estados y la Comunidad, ninguno de los dos tiene *Kompetenz-Kompetenz* o la autoridad última y que, por consiguiente, el concepto de soberanía ha perdido su valor explicativo en el estado presente de la integración jurídica europea.

En criterio de De Witte, a uno le gustaría convencerse por los argumentos ofrecidos, pero la conclusión de que la soberanía ni es aquí ni es allá sino disuelta en aire muy delgado, es problemática. Se pregunta De Witte ¿cómo debe uno ordenar el complejo entramado de relaciones jurídicas en Europa hoy sin la ayuda del principio de soberanía para determinar dónde la autoridad final, en caso de conflicto, reposa? Más aún, para establecer que en la relación entre la Comunidad y los Estados miembros ninguno de ellos tiene la autoridad final, puede no ser enteramente correcto.

En opinión de De Witte el artículo N del Tratado de la Unión Europea muestra, tanto por sus palabras como por la aplicación reciente de redacciones similares del artículo 236 TCE (ahora 309TCE) con ocasión del Tratado de la Unión Europea, que la autoridad última descansa en la conferencia intergubernamental de los Estados miembros de la Unión y los cuerpos constitucionales nacionales que deben ratificar esta operación. Y entonces se pregunta de Witte: ¿puede ser esto que la soberanía reposa en los pueblos de la Unión Europea considerándolos en su conjunto, más que cada uno de esos pueblos considerados separadamente?

Termina De Witte diciendo algo muy interesante: esa puede ser una "heretical statement" para el Tribunal Constitucional alemán, pero la Constitución rusa de 1993 muestra que puede tener sentido atribuir la soberanía a "pueblos multinacionales" (De Witte, *ob. cit.*, pp. 302-304).

⁸⁰⁰ PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 33.

⁸⁰¹ LOUIS, Jean-Victor *El ordenamiento jurídico comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 1991, p. 13.

Considera Louis que el ejercicio de competencias en el seno de instituciones comunes no se traduce en términos de "pérdida" de soberanía del Estado sino, por el contrario, su participación en el poder de decisión dentro de la organización le ofrece la posibilidad de ejercer responsabilidades que a escala nacional se habían convertido en puramente formales para Estados que han pasado a ser interdependientes. Al compartir con el Estado la obligación de satisfacer las necesidades esenciales de la colectividad, la organización a la que se atribuyen tales poderes debe hacerlos efectivos en la medida necesaria para alcanzar los objetivos fijados ya que el fortalecimiento de normas comunes y de la solidaridad que éstas engendran provoca necesariamente la ampliación de los poderes conferidos. En este ámbito, la idea de "compartir" o de "ejercicio conjunto" de la soberanía responde a la realidad⁸⁰². En los demás sectores, los Estados seguirán siendo soberanos, pero ejercerán sus competencias respetando las atribuciones conferidas a la comunidad. El Estado, en su territorio, ha dejado de ejercer por sí mismo la plenitud de sus competencias⁸⁰³.

Para los que defienden la limitación de las soberanías nacionales en favor de las comunidades supranacionales, como es el caso de Pierre Pescatore, la creación de una figura como la transferencia de competencias para decir que la cesión de soberanía no existe y por lo tanto ésta se mantiene intacta, no se trata sino de un eufemismo o colocar una máscara en la realidad⁸⁰⁴, sobre todo si tal transferencia de competencias, sin tocar la soberanía estatal, se da en el ejercicio de funciones vitales y fundamentales del Estado, como la formulación de políticas, legislación y la administración de justicia. Además, dice Pescatore, se pudiera preguntar qué significado puede ser dada a una soberanía que se le ha quitado parte de sus atributos esenciales⁸⁰⁵.

⁸⁰² Según Gonzalo Ortiz de Zavallos, en el sistema institucional comunitario europeo, éste ejerce su propia soberanía y su poder autónomo, y el derecho del Mercado Común tiene supremacía sobre las leyes nacionales de los Estados miembros. Hay una nueva concepción de la soberanía en la cual los países retienen una porción esencial de ésta y transfieren a la Comunidad toda la soberanía necesaria para asegurar en esa Comunidad igualdad en el territorio de todos los países miembros. Más adelante, este autor, que fue uno de los primeros jueces del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, dice: "The broad range of areas in which the Common Market legal system, its sovereignty and the jurisdiction of its organs are applicable extend from the customs union to industrial programming, the agricultural system, transportation and communications, financial matters, the circulation of capital, the business and corporate regimes, monetary and exchange matters and the system for balancing the balance of payments, the harmonization of economic policies, and the co-ordination of development plans" (ORTIZ DE ZEVALLOS, Gonzalo, "Common Market Law and its Influence in the Latin American Andean Región", *Du droit international au droit de l'integration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 844-850).

⁸⁰³ LOUIS, *ob. cit.*, pp. 13-14.

⁸⁰⁴ PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 32: "In the first place it is merely a euphemism, a mask placed on reality, for the "transfers of competence" here in question are concerned with the exercised of the fundamental and vital functions of the State, namely the formulation of policy, legislation and the administration of justice."

⁸⁰⁵ PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 32.

Para estos autores críticos de la figura de la atribución del ejercicio de competencias, la distinción que se quiere hacer entre soberanía y competencia para decir que no hay una afectación de aquélla sino un mero ejercicio material de las competencias por parte de los organismos supranacionales, además de las cantidades de creación y de recreación, crea en favor de los Estados una especie de santuario, un sitio de seguridad desde el cual ellos pueden con impunidad renunciar a cualquiera de sus compromisos cuando les plazca. Esta aparente inocua distinción llega al mismo resultado que la afirmación intransigente de la inviolabilidad de la soberanía, lo que lleva a una potencial negación a los efectos de la integración supranacional⁸⁰⁶.

En sintonía con esta última posición parece estar Guy Isaac⁸⁰⁷, quien, utilizando como respaldo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sostiene que debe privilegiarse de manera innegable el análisis del sistema comunitario de atribución de competencias en términos de *transferencias*⁸⁰⁸. El ejemplo más significativo sería la sentencia Costa/ENEL de 15 de julio de 1964, que dejó sentado lo siguiente:

"...una comunidad dotada de atribuciones propias (...) y más precisamente de poderes reales surgidos de una limitación de competencia o de transferencia de atribuciones de los Estados a la comunidad; (...) la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del tratado, produce (...) una limitación de sus derechos soberanos."

Considera Isaac que se ha señalado muy pertinentemente, citando a Paul Reuter, que ese vocablo -transferencia- permite en principio reivindicar mejor el carácter exclusivo de las competencias comunitarias, incluso en casos en que el tratado no lo plantee expresamente; por otra parte, este vocablo tiende a presentar la Comunidad como revestida -parcialmente- de competencias estatales y a subrayar su carácter estatal" y es, en efecto, según Isaac, "a través de la noción de transferencia, la fuente, el origen de las competencias permite también calificar su naturaleza: lo que los tratados habrían atribuido a las Comunidades serían "derechos soberanos" y para esto, menciona la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Van Gend & Loos de 5 de febrero de 1963, por lo que,

⁸⁰⁶ PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 32.

⁸⁰⁷ ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, p. 55-56.

⁸⁰⁸ Ton Heukels y Jaap de Zwaan habla de que en la Unión Europea hay tres pilares distintos con sus propias competencias y procesos, donde la *transferencia de poderes* y la intensidad de la cooperación dentro de cada pilar gradualmente decrece de acuerdo con los deseos de los Estados miembros de limitar o, alternatively, canalizar sus soberanías y autonomía en varios campos de la integración. Sin embargo, en muchos aspectos de la Unión Europea está todavía indefinido este aspecto y no ha cristalizado. Esto se puede explicar, no obstante, por el aparente carácter transicional de la Unión. Así, la Unión tiene competencias propias, según este autor, personalidad legal internacional, poderes de toma de decisiones separados y también un presupuesto independiente (HEUKELS, Ton y Jaap de Zwaan, "The Configuration of the European Union: Community Dimensions of Institutional Interaction", *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, p. 201).

en criterio de este reconocido autor francés, "la noción de transferencia eleva la atribución de competencia al rango de instrumento de modificación de las soberanías"⁸⁰⁹.

No está de acuerdo con Isaac, Jean Victor Louis, para quien en vano se opondrá la noción de "transferencia de derechos soberanos" a la de "limitación de estos derechos en materias que son objeto de transferencia de atribuciones". En efecto, Louis considera que, si bien el Congreso de La Haya que se celebró del 7 al 10 de mayo de 1948 declaraba en su resolución política que "ha llegado la hora de que las naciones de Europa *transfieran algunos de sus derechos soberanos*, para ejercerlos en adelante conjuntamente con vistas a la coordinación y al desarrollo de sus recursos", "la preferencia por la idea de "atribución" frente a la de "transferencia" se justifica porque las competencias comunitarias no son necesariamente la copia exacta de las competencias nacionales", como es el caso, en criterio de Louis, en materia de política agrícola, donde ciertos mercados no habían sido objeto de ninguna organización nacional y las competencias comunitarias se ejercían, a veces, en un terreno virgen. Además, considera este autor, en la jurisprudencia posterior aparece la expresión "la atribución a la Comunidad, por parte de los Estados miembros, de los derechos y facultades correspondientes a las disposiciones del Tratado"⁸¹⁰, en lugar de la referencia a la "transferencia de atribuciones" que figuraba en la jurisprudencia anterior. Este matiz en la terminología, en criterio de Louis, "no puede interpretarse, en ningún caso, como un juicio de valor sobre la mayor o menor importancia de la dejación de poderes por parte de los Estados"⁸¹¹.

Lo que sí resulta evidente, como dice Elisa Pérez Vera, es que el concepto tradicional y conservador de soberanía, que se caracteriza por ser absoluta, indivisible, anterior y superior a lo jurídico, "es en realidad no sólo incompatible con los fenómenos de integración sino irreconciliable con la existencia misma de un orden jurídico internacional"⁸¹². Observa esta autora que la doctrina española "ha defendido con rara unanimidad una noción funcional de la soberanía que, utilizando palabras del profesor Carrillo Salcedo, puede concretarse diciendo que jurídicamente "expresa en derecho internacional el conjunto de competencias y derechos de que cada Estado independiente es titular en sus relaciones con otros Estados"⁸¹³.

⁸⁰⁹ ISAAC, *ob. cit.*, p. 55.

⁸¹⁰ Sentencia TJCE, caso Comisión v. Italia, de 13 de julio de 1972 (as. 48/71).

⁸¹¹ LOUIS, *ob. cit.*, p. 13.

⁸¹² En igual sentido PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 32, cuando dice: "All these theories, then, are only ostensibly legal. In reality they are political attitudes, likely -even if such is not the intention of the authors- to provide, in the name of unassailable or intact sovereignty, an apologia for the breach of international commitments assumed by states. Hence, such views are highly damaging to the efficacy and stability of the international legal order, which is here assailed in the most highly evolved forms".

⁸¹³ PEREZ VERA, *ob. cit.*, p. 673.

Con similar posición se expresa Araceli Mangas Martín quien expresa que "el proceso de integración ejemplifica el fenómeno de los cambios y crisis de nuestro tiempo: hoy ya no podemos seguir creyendo en la soberanía una e indivisible" y según esta autora, los tratados fundadores de la Comunidad Europea demuestran que en los Estados participantes "la soberanía jurídica está "doblegada", que normativamente tiene un rango inferior al del conjunto de normas que emanan de los órganos comunitarios". Y concluye diciendo lo siguiente: "Es evidente que si persistimos en los moldes jurídico-políticos de la soberanía, del Estado, el Derecho, etc., no podemos entender esta compleja creación jurídico-política que es el fenómeno de la integración (...) Lo supranacional sólo es aprehensible desde la premisa de la divisibilidad de la soberanía. Es por esta razón -la divisibilidad de la soberanía- por la que el Derecho de la Integración es distinto al Derecho Internacional que reposa sobre la soberanía "una e indivisible"⁸¹⁴.

Sin embargo, creemos que, si bien debe replantearse el concepto de soberanía a la luz de la realidad supranacional existente en el mundo, especialmente en Europa, ello no debe significar que cuando la supranacionalidad exista en un acuerdo, la soberanía desaparezca de los Estados en las materias objeto de la atribución del ejercicio de competencias sino que lo que ocurre es eso: la atribución del ejercicio de ciertas competencias nacionales -no cesión de soberanía porque ésta sigue siendo única-, lo que de ninguna manera debe significar una reducción de las soberanías estatales sino un cambio en la forma de su ejercicio y es aquí donde debemos hacer el reajuste del concepto de soberanía.

El error ha sido, en criterio de Pierre Pescatore, que desde el punto de vista de la teoría jurídica se ha transformado esta concepción indivisible, inviolable y absoluta de la soberanía, que es puramente voluntaria y accidental, en un principio legal absoluto. Si uno comienza, según este autor, desde la asunción prioritaria de que la soberanía nacional es inviolable, no hay posibilidad de explicar la clase de relaciones internacionales, reales como son, que se desarrollan cuando la posibilidad de una división y un refrescamiento de las soberanías son admitidas, las que permiten, desde el punto de vista de la estructura y de relaciones de las organizaciones internacionales, unas más diversas que las posibles bajo el derecho internacional de la cooperación⁸¹⁵.

⁸¹⁴ MANGAS MARTÍN, *ob. cit.*, p. 423.

⁸¹⁵ PESCATORE, *The Law of Integration...*, p. 31.

En nuestro criterio, en la supranacionalidad lo que ocurre es que se produce la atribución del ejercicio de ciertas competencias estatales porque, como bien ha dicho Pérez Tremps, dudamos que al desaparecer una comunidad de Estados, ésta pueda disponer de las competencias que ha recibido a su libre arbitrio y que no correspondiera, en consecuencia, su retorno a la esfera de los Estados originales detentadores de las mismas. En la realidad sucede todo lo contrario. Cuando existe supranacionalidad no hay una afectación sustancial en la esencia de las soberanías estatales porque lo que se atribuye es el ejercicio de las competencias, no las competencias -su titularidad- en sí mismas, de manera que los Estados mantienen intactos los caracteres fundamentales de su soberanía y una vez disuelta la comunidad, el ejercicio de las competencias atribuidas retoman plenamente a los Estados.

Como nos ha señalado Iglesias Buhigues, no es menos soberano un Estado por el hecho de pertenecer a una comunidad supranacional⁸¹⁶ y el único "perjudicado" en una integración de este tipo, en el buen sentido de la frase, es el Poder Público interno de los Estados, que deja de ejercer unas competencias para permitir su ejercicio al ente supraestatal. De esta manera, insistimos, la soberanía se mantiene incólume en el pueblo, original detentador de la misma, quien es el que al final otorga los poderes a los órganos públicos, quien sigue siendo el competente para dirigir sus destinos.

Lo que no parece tener discusión es que la supranacionalidad es una forma distinta de afrontar las relaciones internacionales entre los Estados, las cuales siempre estuvieron basadas en mecanismos intergubernamentales o lo que es lo mismo, en la cooperación, la colaboración o la coordinación, pero no en la imposición o la subordinación como puede suceder cuando está presente la supranacionalidad. Podemos entender una figura como esta aún si consideramos que la soberanía no es posible que sea dividida en favor de unos organismos internacionales, porque entendemos que ella no se ve afectada sustancialmente en una experiencia de este tipo sino que, en todo caso, lo que ocurre es un cambio en la forma de entenderla y distribuirla pero no en sus caracteres esenciales.

Lo que sí debemos aceptar para tolerar un concepto como la supranacionalidad es que la soberanía puede aceptar ciertas limitaciones porque aunque ésta se mantiene intacta, la supranacionalidad siempre producirá ciertas restricciones en ella ya que las autoridades nacionales no podrán ejercer las competencias dadas a la comunidad, lo que en todo caso los Estados permiten en los tratados en su propio interés, aunque la comunidad las ejercerá tomando en cuenta el interés

⁸¹⁶ Estamos de acuerdo con José Luis Iglesias Buhigues cuando dice que "[s]ería simplista imaginar que Francia o Alemania son menos soberanas por el hecho de pertenecer a la Comunidad que por ejemplo Suiza (...), lo que resultaría matemáticamente probado de aceptarse la idea de que aquellos países han transmitido "parcelas" de su soberanía a la Comunidad" (IGLESIAS BUHIGUES, *ob. cit.*, p. 112).

común, con el necesario balance entre éste y los intereses nacionales propios de cada país participante.

Quizás en el momento que se dieron muchas de las teorías anteriores, especialmente la que niega la existencia de la supranacionalidad como atributo de cierto tipo de la integración (F. Rosentiel) -con lo cual prácticamente niega la existencia de la supranacionalidad como figura distinta por no tener en su criterio, en esencia, ninguna diferencia con la cooperación internacional ya que ambas se sitúan en un *continuum* en el que las técnicas de relación entre Estados son más o menos intensas⁸¹⁷-, no se habían desarrollado doctrinal ni jurisprudencialmente varios principios rectores que hoy diferencian sustancialmente a la integración supranacional de los acuerdos de cooperación internacional y aún de la integración de carácter intergubernamental, como son la primacía del derecho comunitario, la aplicabilidad o eficacia directa de las normas comunitarias, las consecuencias del incumplimiento del Derecho comunitario y la responsabilidad civil derivada de este incumplimiento.

1.3. La concepción de supranacionalidad e integración que proponemos

En nuestro criterio, no hay dudas para considerar a la integración como un nuevo hecho regulable por el derecho. Pero la supranacionalidad no está presente en todas las fases del proceso integrador. Por esto, es importante, como anotamos en su momento, poder considerar a la integración como un proceso y como un resultado.

En la visión económica de la integración, ésta tiene varias fases en las que se aplican técnicas intergubernamentales y no es necesaria la creación de un organismo supranacional. Esto sucede generalmente en las fases de área de preferencias aduaneras y de zona de libre comercio ya que no se necesita en ellas que cada Estado atribuya el ejercicio de competencias nacionales a una institución común y por consiguiente en estas etapas todavía no puede considerarse que exista una comunidad. Pudiera crearse una organización intergubernamental, pero en la generalidad de los casos de áreas de preferencias aduaneras y de zonas de libre comercio, ello no es necesario debido a que no implica una gran complejidad en la adopción de decisiones, pudiéndose ejecutar a través de actuaciones nacionales coordinadas entre los Estados participantes, con reuniones periódicas conjuntas entre los representantes de los respectivos Gobiernos.

Ahora bien, en las etapas subsiguientes de un proceso de integración, como son la unión aduanera, el mercado común, la unión económica y la integración total, esta última en tanto no implique la constitución de un nuevo Estado, su complejidad es mayor, su incidencia en la vida diaria de los ciudadanos es muy intensa y la necesidad de adoptar decisiones comunes es permanente, lo

⁸¹⁷ PEREZ TREMP, *ob. cit.*, p. 35.

que debe ser realizado y controlado por una organización comunitaria que tenga esta característica para lograr la efectividad y cumplimiento de sus actos, todo lo cual implica la necesidad de que los Estados miembros atribuyan el ejercicio de ciertas competencias nacionales a esta organización, que adquiere por esto naturaleza supranacional.

Estas últimas consideraciones pueden ser matizadas respecto a la unión aduanera ya que se han dado casos de experiencias de este tipo en las que no ha sido necesario crear organizaciones supranacionales, pero sí intergubernamentales. Sin embargo, creemos que en la generalidad de los casos la unión aduanera requiere -al menos es recomendable- la constitución de organismos comunitarios, como ha sucedido en las Comunidades Europeas y en la Comunidad Andina, para evitar problemas de ineffectividad e incumplimiento ya que al requerir de decisiones en muchos aspectos de la vida económica de los Estados, su presencia debe ser permanente e independiente, sin depender de los Estados miembros.

Para la mayoría de los juristas la integración existirá solamente cuando los Estados miembros decidan atribuir el ejercicio de ciertas competencias propias a una organización externa a ellos, aspecto éste que constituye para ellos el principal signo diferenciador entre la cooperación y la integración. Pero para los economistas, la integración se da cuando están presentes otros elementos entre los cuales destaca la creación de una nueva unidad territorial, en la que las partes mantienen su individualidad y los Estados y sus agentes económicos puedan realizar las actividades determinadas en el tratado sin ninguna discriminación, como si no hubieran fronteras y sin medidas que las obstaculicen, todo lo cual, dependiendo de la fase en que se encuentre el proceso, conllevará la necesidad de realizar la armonización de la legislación nacional y la coordinación de las políticas nacionales involucradas.

No obstante, pese a las diferencias entre las concepciones económica y jurídica de integración, ellas se complementan. Ello porque puede considerarse que puede existir un proceso de integración aún cuando no haya supranacionalidad. Esto si nos encontramos en presencia de un acuerdo para iniciar un proceso para constituir un nuevo espacio territorial con las características anotadas, lo que continuará hacia etapas más avanzadas. Es decir, aunque todavía no se haya atribuido el ejercicio de ciertas competencias de los Estados a una organización internacional, puede haber un proceso de integración aún en etapas incipientes como las áreas de preferencias arancelarias y la zona de libre comercio, siempre y cuando se tenga previsto que luego, en un tiempo razonable, se avance a etapas superiores en las que ineludiblemente se perfeccionará la constitución del nuevo espacio territorial anotado, muy probablemente con la atribución del ejercicio de competencias estatales a una organización común, independiente de los Estados y de carácter permanente. Antes de que esto ocurra, difícilmente se pueden lograr resultados distintos a los que se pueden obtener a través de la cooperación intergubernamental.

Ahora bien, aún tratándose de áreas de preferencias aduaneras o zonas de libre comercio, que pueden funcionar con estructuras orgánicas intergubernamentales, no descartamos que en estas etapas pueda haber supranacionalidad como sucedió en las Comunidades Europeas y en la Comunidad Andina. Sin embargo, si no se tiene previsto avanzar más allá de estas etapas en busca de un resultado final más ambicioso que esas áreas o zonas, tales fases sólo podrían ser consideradas como meras experiencias de cooperación intergubernamental porque con ellas por sí solas no se logra la creación de un nuevo espacio territorial en los términos, profundidad y compromisos que implica la integración, como es que en esa nueva unidad constituida por partes que antes estaban separadas por fronteras, funcione como un espacio único en el que cada Estado se sienta con la libertad de realizar sus actividades comerciales en plenitud, aún en los territorios de los demás Estados participantes, sin que puedan éstos oponerse a ello sin estar sujetos a sanciones aplicadas por la organización común creada por los Estados.

Ahora bien, en nuestro criterio, independientemente de si luego se avanza a etapas superiores, las uniones aduaneras, el mercado común y las uniones económicas, incluyendo a la integración total si no se constituye un nuevo Estado, ya son en sí mismas experiencias de integración porque con ellas se constituye una nueva unidad territorial con una profundidad de compromisos que la diferencia de la que se puede lograr con la cooperación intergubernamental. Por su complejidad, profundidad e importancia, estas fases superiores deberían implicar la existencia de supranacionalidad para lograr sus objetivos finalistas, aún cuando se utilicen técnicas intergubernamentales en su funcionamiento para ciertos aspectos del proceso al mismo tiempo de las propiamente supranacionales que lógicamente le corresponden.

La existencia de supranacionalidad en un proceso de integración lleva aparejada la aplicación de los principios rectores del derecho comunitario ya que, al darse aquélla, ya puede considerarse, en primer lugar, que hay una comunidad de Estados, y segundo, que las normas que se generen de la organización creada por los Estados son derecho comunitario y es indispensable para el funcionamiento del sistema que se produzca la eficacia directa de estas normas y su primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos, así como que haya seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario en los Estados miembros y responsabilidad de éstos por su incumplimiento.

En este orden de ideas, hemos determinado que la supranacionalidad tiene varias características fundamentales: la institucionalización con estructura y procedimientos autónomos e independientes de los Estados miembros; la inmediatez del derecho comunitario generado por la organización en la esfera jurídica de los Estados miembros y la de sus ciudadanos en forma directa; y la coacción o imposición que del derecho comunitario pueden hacer las organizaciones supranacionales sobre los Estados miembros en caso de incumplimiento de éstos.

Ahora bien, esta supranacionalidad puede reforzarse con la existencia de la autonomía financiera de la organización común, lo cual mejora mucho el funcionamiento del proceso de integración porque la hace más independiente frente a los Estados miembros, y la imposibilidad de retiro unilateral de la organización por los Estados miembros sin consentimiento de aquélla.

En las primeras etapas de un proceso de integración no es indispensable que haya supranacionalidad sino que basta que cada Estado reduzca o elimine las aranceles frente al otro u otros, lo que se puede hacer a través de actos nacionales de los Estados y reuniones periódicas intergubernamentales. Esto, como puede verse, es muy simple y no requiere una infraestructura jurídica muy compleja para llevarse a cabo, sino que basta con acuerdos intergubernamentales para lograrlo. Pero con esto no se logra todavía la constitución de un nuevo espacio territorial diferente y con la profundidad que puede lograrse con los acuerdos de cooperación internacionales tradicionales.

Para Elisa Pérez Vera "resulta evidente que en las zonas de libre comercio la liberalización de los intercambios comerciales puede realizarse sin necesidad de una transferencia a órganos comunes de competencias estatales soberanas". En efecto, en esta etapa las organizaciones en que se basan, aunque constituyen una depurada expresión del principio de cooperación internacional, se estructuran en base a criterios fundamentalmente interestatales. Obviamente, ello no significa que los Estados queden libres de toda obligación internacional, en cuya ausencia no puede hablarse de que se haya iniciado un proceso de integración, pero en esta etapa, en criterio de esta autora, "los Estados retienen la plenitud de sus competencias soberanas para determinar, en virtud de la misma, en qué momento y con qué alcance aceptan tales obligaciones"⁸¹⁸.

En consecuencia, respecto a las zonas de libre comercio, y aquí incluimos el área de preferencias arancelarias, no es necesario limitar la soberanía de los países participantes, o, como dice Pérez Vera, hacer una "distribución de competencias entre Estados y órganos regionales, por lo que el marco conceptual del Derecho internacional tradicional sigue siendo fundamentalmente válido"⁸¹⁹, ni un cambio en la forma de entendimiento internacional utilizada como es la cooperación intergubernamental si no se tiene previsto pasar de allí en el acuerdo.

Ahora bien, cuando entramos a considerar a la unión aduanera y las etapas posteriores, el asunto se complica. En estas etapas sí pareciera ser necesaria la creación de un aparato administrativo y jurídico muy importante para llevarlas a cabo, especialmente en las dos últimas, para lograr los fines de la integración. Ello porque, por ejemplo, en la unión aduanera, además de la

⁸¹⁸ PEREZ VERA, *ob. cit.*, p. 690.

⁸¹⁹ PEREZ VERA, *ob. cit.*, p. 690.

eliminación de los derechos aduaneros y demás obstáculos cuantitativos entre los Estados miembros, debe establecerse un arancel externo común frente a terceros países, lo cual requiere en la generalidad de los casos algo más que una simple cooperación intergubernamental. Ya en estas etapas no es suficiente la adopción de actos nacionales coordinados como en las etapas anteriores sino que, al ser un arancel externo "común", resulta necesaria la existencia para su eficacia y funcionamiento pleno de una autoridad comunitaria independiente, que además controle y vigile lo que haya decidido. Con esto se evita, si hay la voluntad política por supuesto, que los países incumplan y los efectos de las etapas anteriores por los que se recomienda que sean etapas transitorias como es la desviación del comercio.

Claro está, la autoridad común en la unión aduanera no es necesario que sea muy compleja sino que puede funcionar utilizando inclusive técnicas intergubernamentales para muchas decisiones, aunque la organización tenga naturaleza supranacional, pero, en todo caso, esta autoridad común debe tener facultades propias para que pueda actuar directamente y en forma permanente con independencia de los Estados miembros en la adopción de las normas comunitarias y en los casos de incumplimiento del arancel externo común.

Para Elisa Pérez Vera, "las uniones aduaneras representan en el proceso integrador la primera fase en que se opera una auténtica distribución de competencias materiales, cedidas por los miembros en favor del grupo, llamado a funcionar como una unidad frente a terceros Estados". El cambio es tan radical en la unión aduanera, en criterio de esta autora, que "puede estimarse que altera la misma naturaleza jurídica de la organización internacional que le sirve de soporte, de tal modo que sólo a partir de este momento es lícito hablar en sentido estricto de organizaciones de integración: la asignación de competencias materiales al grupo y su incorporación en un órgano auténticamente internacional serían pues los factores decisivos para contrastar si se ha pasado el umbral jurídico de la integración; umbral que la economía nos sitúa antes, justamente en las zonas de libre comercio"⁸²⁰. Esta situación de las uniones aduaneras tiende, por propia definición como hemos visto, a reflejarse en la estructura institucional de la organización, mediante la configuración de órganos que, con mayor o menor autonomía, defienden el interés general común.

Respecto al mercado común, las exigencias son mayores. Ello porque no solamente se acuerda la eliminación de los obstáculos aduaneros cuantitativos para la libre circulación de mercancías y el establecimiento de un arancel externo común, sino que también se permite la libre circulación de todos los factores de producción, no solamente los bienes como en la zona de libre comercio y la unión aduanera, sino también las personas, los servicios y los capitales.

⁸²⁰ PEREZ VERA, *ob. cit.*, p. 690.

Evidentemente que con estas características, la necesidad de supranacionalidad en esta etapa parece ser indispensable porque se trata de un mercado "común", que implica la libre circulación de los todos factores de producción en el nuevo espacio territorial y la coordinación de políticas en las materias necesarias, lo que amerita una serie de decisiones comunes importantes, además del arancel externo "común", en forma permanente y, por supuesto, el control y la vigilancia que hay que realizar para el cumplimiento de éstas y de los objetivos de la unión, todo lo cual lleva a una incidencia diaria en la vida de los países y los ciudadanos, lo que no se puede regular con reuniones intergubernamentales, que sólo pueden ser hechas esporádicamente, sino que hace falta la presencia de una organización permanente e independiente de los Estados miembros. Esta autoridad deberá tener una estructura más compleja, incluyendo en el mejor de los casos un tribunal de justicia común, pero ello no obsta para que la organización creada utilice técnicas intergubernamentales en las materias en las que se considere ello conveniente, pero en lo fundamental las técnicas de adopción de decisiones deberán ser supranacionales como la regla de la mayoría.

En el mercado común está más clara la necesidad de la atribución del ejercicio de competencias estatales a la organización común para que ésta pueda hacer realidad la libre circulación de personas, servicios, capitales y bienes, y la conformación de una estructura más completa de carácter supranacional. Pero la cautela debe presidir todo el proceso de integración en todos los factores que la hacen posible, para evitar un ritmo integrador desacorde con las realidades de cada país y esta necesidad se agudiza a medida que avanzamos en las distintas etapas.

En relación con la unión económica, debemos decir que los acuerdos entre los Estados participantes son de mucha mayor envergadura porque se agrega, además de lo anteriormente descrito en el mercado común, la armonización de la legislación de los Estados miembros, lo que evidentemente no podrá manejarse con mecanismos intergubernamentales sino que también requerirá una infraestructura supranacional mínima de alto nivel para llevarla a cabo con fines de decisión, control y vigilancia.

Como podrá imaginarse, la armonización de las legislaciones nacionales y la búsqueda de políticas económicas comunes, que también puede conseguirse en esta etapa, trasciende los objetivos de las etapas anteriores, "radicalizando la verticalidad en la distribución de competencias y haciendo aparecer, desde perspectivas jurídicas, una nueva forma de organización de las relaciones entre el grupo y sus miembros"⁸²¹, como bien apunta Elisa Pérez Vera.

Por último, la integración económica total implica, como su nombre lo indica, la adopción del criterio de integración en su sentido más completo porque, además de la libre circulación de los

⁸²¹ PEREZ VERA, *ob. cit.*, p. 691.

factores de producción y la armonización de las políticas económicas y monetarias, en este tipo de integración económica se adoptan decisiones que van más allá de lo meramente económico y relacionadas con lo político y lo jurídico, lo que evidentemente aumenta la necesidad y la intensidad de la labor de una organización supranacional con grandes pretensiones.

Es de tal punto la incidencia de esta etapa de la integración en los países miembros que para muchos lleva a la creación de un nuevo Estado, en lo que consideramos que ya no sería una etapa de integración -ya dejaría de serlo- para convertirse en otra figura de naturaleza política, como un Estado Federal por ejemplo. Por esto, si la integración económica total implica la creación siempre de una nueva estructura estatal en la que los Estados participantes pierden su individualidad, aunque mantengan autonomía en ciertas áreas y pasan a estar subordinados al poder central, ya el proceso no merece denominarse de integración simplemente porque ya ha dejado de serlo por intervenir factores de una naturaleza jurídica distinta. En la integración no hay desaparición de la soberanía en los Estados participantes y éstos no dejan de tener individualidad e independencia, lo que no permite una fusión de Estados sino una integración de los mismos.

Así las cosas, no podemos decir que un proceso de entendimiento internacional, por el hecho de que no haya supranacionalidad, no es integración. Pero, de la misma manera, una relación internacional por el hecho de ser un sistema de preferencias aduaneras o arancelarias o de libre comercio, tampoco consideramos que sea siempre integración.

Por ello, en nuestro criterio no debemos considerar a la integración solamente como un hecho concreto sino como la realización de una serie de actividades para conseguir una finalidad como es la creación de un nuevo espacio territorial en el cual los Estados participantes, manteniendo su individualidad, puedan realizar las actividades determinadas en el tratado, con la libertad que les da la no existencia de discriminación entre ellos, ni fronteras, ni obstáculos equivalentes, lo cual sólo puede perfeccionarse con la existencia de supranacionalidad. Si estamos hablando de un proceso de integración, tales exigencias no son siempre procedentes, siempre que se trate de fases muy específicas que tendrán el carácter de transitorias con una finalidad más ambiciosa. Así, la integración puede comenzar con actividades muy incipientes, pero a la vez muy significativas, en las que los compromisos no son todavía profundos, para luego pasar a otras etapas más avanzadas, que al final van a lograr los resultados concretos que justifican sus existencia como fenómeno de las relaciones internacionales, distinto a la cooperación intergubernamental.

Así las cosas, podemos concluir considerando como integración a los acuerdos internacionales que tengan previsto un proceso para conseguir como resultado la constitución de un nuevo espacio territorial en el que los Estados participantes, manteniendo su individualidad y soberanía, puedan realizar las actividades determinadas en el tratado en forma libre con sus factores de producción y agentes económicos, donde no exista discriminación entre ellos ni obstáculos ni

medidas de otra índole y de efecto equivalente, con coordinación y armonización de políticas como de legislaciones nacionales, generalmente con la creación durante tal proceso de organizaciones que disfrutaran de la atribución del ejercicio de competencias nacionales para lograr tales fines, competencias que son ejercitadas bien a través de técnicas intergubernamentales, bien a medida que se profundiza en la integración a través de técnicas supranacionales.

1.4. La supranacionalidad en la Comunidad Andina

Para analizar los elementos fundamentales de la supranacionalidad en la Comunidad Andina y ver si en la constitución de esta organización se ha producido la atribución de ejercicio de competencias por parte de los Estados miembros que caracteriza a aquélla, con la consiguiente conformación de una comunidad de Estados, estudiaremos, en primer lugar, la estructura orgánica de la Comunidad Andina y su funcionamiento. Luego analizaremos los efectos de los actos emanados de tal estructura en los países participantes, de manera de saber si puede haber una incidencia inmediata y directa de las normas andinas en los ordenamientos jurídicos internos y en sus ciudadanos y determinar la posibilidad de la primacía del derecho generado por la organización andina sobre los derechos nacionales en caso de conflicto, con la deseable presencia de otros principios complementarios como son la existencia de seguridad jurídica en la integración del grupo de normas producidas por la Comunidad Andina en los Estados miembros y la responsabilidad de éstos por el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias.

Igualmente, para determinar la presencia de la supranacionalidad en la Comunidad Andina será necesario estudiar si en ésta está presente un elemento muy importante de aquélla: la coacción de la organización comunitaria sobre los Estados miembros.

Con este análisis, podremos decir con certeza si en la Comunidad Andina existe supranacionalidad como aspecto que distinguiría este proceso de integración frente a otros de naturaleza intergubernamental, cualidad ésta que se verá reforzada, si ello fuere el caso, por otros elementos de la supranacionalidad como la autonomía financiera de la organización y la imposibilidad de retiro unilateral de los Estados de la misma, sin el consentimiento de sus órganos supranacionales.

1.4.1. La estructura orgánica e institucional y su funcionamiento

De conformidad con el original Acuerdo de Cartagena, la Comunidad Andina tenía dos órganos principales: la Comisión y la Junta⁸²². Sin embargo, sucesivamente se han ido agregando

⁸²² El Artículo 5º AC d1969 decía: "Son órganos principales del Acuerdo la Comisión y la Junta".

otros órganos que han convertido su estructura en algo más complejo: el Tribunal de Justicia, el Parlamento Andino, el Consejo Presidencial Andino y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores⁸²³.

Además, han realizado actividades en la integración andina, aunque no formaban parte formal de la estructura orgánica del Acuerdo de Cartagena original, la Corporación Andina de Fomento (C.A.F.), el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) -originalmente denominado Fondo Andino de Reservas en su creación en 1976-, los llamados Convenios Sociales (Convenio Andrés Bello, Convenio Hipólito Unanue y Convenio Simón Rodríguez), la Universidad Andina Simón Bolívar y los Consejos Consultivos Laboral y Empresarial, que han sido llamados Instituciones del Sistema Andino de Integración por el Protocolo Modificadorio de Trujillo de 1996, con vigencia a partir de agosto de 1997.

A los fines del análisis de la estructura orgánica de la Comunidad Andina, consideraremos que un órgano de la misma puede ser calificado como supranacional cuando disfruta de la atribución del ejercicio de competencias nacionales de los Estados miembros, lo cual se manifiesta en su independencia de los gobiernos de los países integrantes del Acuerdo, pudiendo adoptar sus decisiones fundamentales, jurídicamente obligatorias para todos los Estados comprometidos en el proceso de integración⁸²⁴, por mayoría simple o cualificada, que pueden imponerse a éstos sin necesidad de intervención de los poderes públicos nacionales, inclusive con la aplicación de sanciones si ello fuere necesario.

1.4.1.1. La Comisión

La Comisión era el órgano máximo del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con los términos originales de éste y está constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los gobiernos de los países miembros (Art. 6º AC).

Este órgano expresa su voluntad mediante las Decisiones, que son adoptadas con el voto afirmativo de los dos tercios de los países miembros, con algunas excepciones en las cuales, si bien

⁸²³ En efecto, estos órganos fueron creados por tratados separados posteriores al Acuerdo de Cartagena de 1969, entre 1979 y 1990, y sin formar parte formal de la estructura de entonces llamado Pacto Andino, salvo el Tribunal de Justicia que, si bien fue creado por tratado separado en 1979, aunque en vigencia desde 1983 y en funcionamiento desde 1984, se estableció en el mismo, a diferencia del Parlamento Andino, el Consejo Presidencial Andino y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que era un órgano del Acuerdo de Cartagena, lo que se observa en el artículo 6 TTA de 1979 que dice "Créase el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como órgano principal del mismo, con la organización y competencias que se establezcan en el presente Tratado".

⁸²⁴ En este sentido, URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 52.

se adoptan por mayoría, se exige la no existencia de votos negativos, lo que en el fondo es el establecimiento de un derecho de veto (art. 11 AC) y con ello la unanimidad.

Como puede observarse, de acuerdo con su conformación, la Comisión es de naturaleza intergubernamental ya que está constituida por representantes plenipotenciarios de los gobiernos de los países miembros. No obstante, en lo relacionado con su funcionamiento tiene características de órgano supranacional ya que las Decisiones, en principio, se adoptan por mayoría, aunque con excepciones en las que se aplica en forma simulada la regla de la unanimidad que, como sabemos, es propia de la intergubernamentalidad porque, si bien se establece que las Decisiones se adoptarán por la mayoría de los dos tercios de los países miembros, se exige que no haya ningún voto negativo⁸²⁵.

Ciertamente, como expresan algunos autores, la presencia del veto y de la *unanimidad* en algunos campos de las Decisiones que adopte la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cataloga en forma muy especial a este órgano de la Comunidad Andina. Así, Emilio Maza estima que la presencia del veto en un campo vastísimo de las Decisiones, que son a las que se refieren los Anexos I y II, sitúa a la Comunidad Andina en el modesto terreno de las "organizaciones intergubernamentales". Y agrega: "el Derecho Comunitario de la Región Andina (sic) atraviesa por una etapa o fase previa que se ha denominado de "cooperación" que se caracteriza (...) <por la ausencia de un poder decisorio, desligado de los Estados, y obligatorio>"⁸²⁶.

Con todo el respeto que merece la anterior opinión, consideramos exagerado que por el solo hecho de que uno de los órganos de la Comunidad Andina tenga, en su criterio, naturaleza intergubernamental, ello implique catalogar a toda la organización como tal. Nosotros preferimos seguir analizando los demás órganos e instituciones andinas para obtener una conclusión más fidedigna al respecto. Además, debe tomarse en cuenta que tal opinión fue hecha cuando no había sido creado un órgano determinante en la supranacionalidad andina como es el Tribunal de Justicia, no sólo por su propia estructura sino también por la interesante jurisprudencia que ha dictado sobre este tema, además de que en su Tratado de Creación se estableció de manera explícita la aplicación de principios rectores del derecho comunitario.

Otros autores, pese a las excepciones anotadas a la regla de la mayoría con la que actúa la Comisión según el Acuerdo de Cartagena, consideran, en cambio, que los países miembros, "en uso de sus derechos soberanos mediante la suscripción, aprobación y ratificación del Acuerdo de Cartagena, resolvieron transferir la facultad legislativa sobre determinadas materias al nuevo órgano

⁸²⁵ En este sentido, GARCIA-AMADOR, *ob. cit.*, p. 79.

⁸²⁶ MAZA, Emilio, *Origen y formación del derecho comunitario andino*, Ediciones Schnell, Caracas, 1975, p. 42.

de la integración, limitándola naturalmente a los objetivos del citado Acuerdo y a la finalidad de la integración subregional". "De no ser así", agrega uno de estos autores, "la legislación comunitaria como norma uniforme originada en la misma fuente legislativa no se habría producido" y "[l]os preceptos aisladamente acordados no podrían regular objetivos comunes como los de la integración andina"⁸²⁷.

Hay un aspecto que pareciera darle carácter supranacional a este órgano en lo que respecta a la adopción de decisiones y es la exigencia de que la Comisión deba sesionar con la presencia de los dos tercios, por lo menos, de los países miembros (art. 10 AC). Es decir, la Comisión puede sesionar con la presencia de la mayoría y no es necesaria la presencia de todos los miembros como se exige tradicionalmente en los órganos intergubernamentales típicos.

Lo relacionado con el proceso de adopción de decisiones ha sido ligeramente cambiado por el Protocolo Modificador del Acuerdo de Cartagena de 1996 (Trujillo) ya que éste ha establecido (art. 26 AC) que la Comisión adoptará sus decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los países miembros (esto es, al menos tres votos deben ser favorables a la decisión, con lo cual ya se establece un principio de supranacionalidad en cuanto a que dos Estados pueden verse obligados contra su voluntad a cumplir la decisión, por lo que la voluntad del órgano no coincide con la de al menos una minoría, por lo que son dos voluntades diferentes); igualmente se prevén unas excepciones a esta regla en las cuales, al igual que en el Acuerdo original, se exige que haya mayoría absoluta pero sin ningún voto negativo. En pocas palabras, también se prevé una unanimidad simulada o la utilización del consenso⁸²⁸ ya que a lo sumo podrá haber sólo abstenciones, efecto éste -la abstención- que se consigue con la no asistencia a las reuniones (art. 24, último párrafo, AC), lo cual también lo establece el Acuerdo original (art. 10 AC).

En definitiva, la naturaleza de la Comisión pareciera ser intergubernamental porque está conformada por representantes de los países miembros⁸²⁹. Sin embargo, esta naturaleza se ve disminuida, con una tendencia muy fuerte hacia la supranacionalidad, por la utilización en su funcionamiento de la regla de la mayoría en algunos casos. Lamentablemente en la práctica y por la cantidad de excepciones a esta regla de la mayoría que establece el Acuerdo de Cartagena, en las que se exige la no existencia de voto negativo, esta forma de adoptar decisiones -la mayoría-

⁸²⁷ PICO MANTILLA, *Jurisprudencia...*, p. 34.

⁸²⁸ De hecho, en la práctica la mayoría de las Decisiones de la Comisión se adoptan por consenso. Sólo en casos muy importantes, en donde haya habido mucha discusión o imposibilidad de consenso, es que se vota para decidir por mayoría cuando ello proceda, pero esto casi nunca ocurre.

⁸²⁹ En la práctica, la Comisión está conformada en forma fija por los Ministros de Industria y Comercio o sus equivalentes de los países miembros, como una costumbre derivada de la original naturaleza técnico-económica del Pacto Andino, lo cual vamos a ver ha cambiado en la época actual porque ahora el proceso tiene más connotaciones políticas y sociales.

prácticamente no se utiliza, pudiendo ejercerse en gran cantidad de supuestos el derecho de veto⁸³⁰, con todo lo cual la naturaleza intergubernamental de la Comisión se mantiene⁸³¹.

1.4.1.2. La Junta y la Secretaría General

La Junta del Acuerdo de Cartagena era el órgano técnico del Pacto Andino y estaba integrada originalmente por tres miembros, con un coordinador escogido entre ellos y actuaba en función de los intereses de la subregión en su conjunto (art. 13 AC). Cada uno de sus miembros permanecía tres años en el ejercicio de su cargo y podía ser reelegido.

Los miembros de la Junta eran responsables de sus actos ante la Comisión, actuaban con sujeción a los intereses comunes, se abstendían de cualquier acción incompatible con el carácter de sus funciones, no podían desempeñar durante el período de su cargo ninguna otra actividad profesional, remunerada o no, y no podían solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno, entidad nacional o internacional (art. 14 AC).

La Junta estaba estructurada, según el Acuerdo de Cartagena original, de manera tal que sus miembros no eran representantes de los Estados miembros y el Acuerdo hacía mucho hincapié en este aspecto, tanto en lo que respecta al órgano en sí mismo como a los miembros, por lo cual se dejaba claramente establecido que actuarían de acuerdo con los intereses comunes y no podían solicitar ni aceptar instrucciones de los gobiernos. También se establecía que deberían actuar con absoluta independencia, para lo cual tenían un período fijo de ejercicio del cargo.

Con las características anteriores lo que quiso el Acuerdo fue dejar claro el carácter supranacional de la Junta, por lo menos en lo que respecta a su estructura, porque se trataba de un órgano cuyos miembros no representaban a los Estados miembros, a diferencia de lo que todavía sucede con la Comisión, lo que le permitía actuar con absoluta independencia y autonomía, lo cual se veía fortalecido con un período fijo del ejercicio del cargo para cada miembro, que les daba estabilidad al no estar sometidos a las presiones de los países miembros ni de otras instituciones u órganos de la Comunidad.

Otro aspecto que hacía pensar que nos encontrábamos ante un órgano de carácter supranacional era que la Junta estaba constituida por solo tres miembros, por lo que no podía considerarse que en los hechos había un representante de cada Estado miembro de una manera subliminal o indirecta. De esta manera, se evitaban suspicacias ya que estaban fuera de su

⁸³⁰ En este sentido MORALES PAUL, Isidro, *Derecho Internacional Económico (Derecho de la Integración)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 163.

⁸³¹ En este sentido GARCIA-AMADOR, *ob. cit.*, p. 79, y URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 50.

conformación dos países miembros (no en la teoría estricta porque no se puede entender que cada "Junto"⁸³² represente a algún país miembro sino que actúa de acuerdo con los intereses comunes aunque sea nacional de alguno de ellos).

Ahora bien, respecto al funcionamiento de la Junta, el Acuerdo de 1969 disponía que este órgano debía expresarse en todos sus actos por la unanimidad de sus miembros, lo que le restaba efectividad a su estructura, en principio de carácter supranacional, ya que en la práctica ninguna decisión podía adoptarse si no estaban todos los miembros de acuerdo. Por esto, la conclusión que podíamos sacar cuando estudiábamos la forma de adoptar las decisiones de la Junta es que ésta parecía tener más bien naturaleza intergubernamental porque aunque la estructura podía hacer pensar que nos encontrábamos ante un órgano supranacional, sin embargo, en lo relacionado con su funcionamiento se debilitaba este último carácter en gran medida porque debía aplicar para todas sus decisiones la regla de la unanimidad.

No obstante, consideramos que pese a su aparente funcionamiento intergubernamental por la existencia de la regla de la unanimidad, la Junta mantenía su supranacionalidad, aunque débil, porque como vimos estaba integrada por sólo tres miembros (no por cinco), siendo que no necesariamente tenían que ser nacionales de los países andinos (art.14 AC), por lo que no todos los países podían estar indirectamente representados en la misma, todo lo cual lo hacía mantener, en nuestro criterio, la mínima independencia requerida para ser un órgano comunitario.

Sin embargo, sí hubo un aspecto que hizo dudar más del carácter supranacional de la Junta en lo que respecta a su funcionamiento, a saber, que actuaba con mucha dependencia con respecto a la Comisión⁸³³. En efecto, podía verse en las atribuciones de la Junta establecidas en el Acuerdo que, en muchas de éstas, este órgano se comportaba como un mero órgano de apoyo de la Comisión, como si fuese un inferior jerárquico, lo cual le restaba efectividad a sus funciones comunitarias si tomamos en cuenta que la Comisión es un órgano intergubernamental⁸³⁴. Por

⁸³² Así se conocían en el argot interno de la Junta a los miembros de ésta, como en las Comunidades Europeas se conocen como "Comisarios" a los integrantes del órgano equivalente a la Junta, la Comisión europea, aunque en esta última son mayor en número.

⁸³³ Manuel Pérez González destaca como signo negativo del proceso de integración andino "el escaso poder de decisión de la Junta en comparación con la Comisión". Para este autor, "el Protocolo de Quito ha arrebatado un gran protagonismo a este órgano comunitario, al imponerle una doble restricción: de un lado, ha eliminado la exclusiva que en materia de iniciativa y propuesta ostentaba la Junta, concediéndosela también a los países miembros; y, de otro, ha suprimido las relaciones directas de la Junta con los países miembros, las cuales deberán efectuarse a través de los órganos nacionales de contacto" (DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones...*, p. 606).

⁸³⁴ Algunos autores, como Manuel Pérez González, puntualiza que uno los signos negativos del proceso andino fue el desdoblamiento de la Junta en Secretariado Permanente, que ciertamente la convertía en una especie de subordinada de la Comisión en muchas actividades, lo que debilitaba su

ejemplo, el artículo 15 AC disponía que correspondía velar a la Junta "por el cumplimiento de las decisiones de la Comisión" (literal a), "cumplir los mandatos de la Comisión" (literal b), "[f]ormular a la Comisión proposiciones destinadas a facilitar o acelerar el cumplimiento del Acuerdo" (literal c), "efectuar los estudios y proponer las medidas necesarias para la aplicación de los tratamientos especiales en favor de Bolivia y Ecuador" (literal d), "[p]articipar en las reuniones de la Comisión" (literal e), "[e]fectuar los estudios técnicos que le encomiende la Comisión" (literal g), "ejercer las atribuciones que le delegue la Comisión" (literal h), "[d]esempeñar las funciones de Secretariado Permanente del Acuerdo" (literal i), "[e]laborar su reglamento y someter a la Comisión la aprobación del mismo o sus modificaciones" (literal j), "[p]resentar a la Comisión el proyecto de presupuesto anual" (literal k), "[e]laborar su programa anual de labores, en el cual incluirá *preferentemente* los trabajos que le encomiende la Comisión" (literal l), "[p]resentar un informe anual de sus actividades a la Comisión" (literal ll), "[p]roponer a la Comisión la estructura orgánica de sus departamentos técnicos y las modificaciones que estime convenientes" (literal m).

Esta situación de dependencia de la Junta frente a la Comisión se vio agravada con la eliminación en el Protocolo de Quito de 1987 del monopolio que poseía aquella de la iniciativa legislativa -a partir de este protocolo esta iniciativa también pasan a tenerla los Estados- y la imposibilidad de contacto directo con los Estados miembros. En nuestro criterio, esto lo que hacía era debilitar la supranacionalidad existente en este órgano, sin llegar a eliminarla porque su forma de constitución era muy importante a la hora de certificarla⁸³⁵.

Sucede, no obstante, que esta realidad del Acuerdo de Cartagena original ha sido sustancialmente cambiada por el Protocolo de Trujillo ya que, en primer lugar, ha eliminado a la Junta como órgano técnico del Acuerdo y ha creado en su sustitución una Secretaría General como órgano, ya no técnico, sino ejecutivo de la Comunidad Andina, de carácter unipersonal, que debe actuar únicamente en función de los intereses de la subregión (art. 29 AC).

La Secretaría General de la Comunidad Andina funciona en forma permanente y su sede es la ciudad de Lima, Perú (art. 31 AC). El Secretario General es elegido por consenso entre los

figura y el deseo de que fuese un órgano independiente (DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones...*, p. 609).

⁸³⁵ Un autor tan reconocido en el ámbito comunitario andino como José Guillermo Andueza, ex-Magistrado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, considera que el "carácter de representante de los intereses comunitarios que tiene la Junta está garantizado por la composición personal de este órgano comunitario", al estar integrado por tres miembros que deben actuar "con sujeción a los intereses comunes" (artículo 4 del Reglamento de la Junta) y son designados, no por los países miembros, sino por la Comisión, por un período de tres años. Finalmente este autor califica a la Junta "no como un órgano intergubernamental sino comunitario" y, si se prefiere, supranacional en el sentido de que tiene una competencia propia, y para cumplir con esta competencia está provista de autonomía con relación a los países miembros" (ANDUEZA, "La aplicación directa del...", *ob. cit.*, p. 31).

miembros del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada (con la presencia de los miembros de la Comisión), por un período de cinco años, pudiendo ser reelegido por una sola vez (art. 31 y 32 AC)⁸³⁶. El Secretario General debe ser una personalidad de alta representatividad, reconocido prestigio y nacional de uno de los países miembros y actúa únicamente en función de los intereses de la subregión. Durante su período, el Secretario General no puede desempeñar ninguna otra actividad, ni solicitar o aceptar instrucciones de ningún gobierno, entidad nacional o internacional (art. 32 AC).

El Secretario General puede ser removido por consenso, a requerimiento de un país miembro, únicamente cuando en el ejercicio de sus funciones hubiere incurrido en falta grave prevista en el Reglamento de la Secretaría General (art. 33 AC).

Todas estas características del Secretario General lo hacen un órgano estructuralmente independiente y funcionalmente autónomo, con lo cual se fortalecen las características supranacionales de la organización andina. No solamente se trata de una personalidad de reconocido prestigio, con período de ejercicio de su cargo fijo, que no puede ser removido sino por una falta grave en el ejercicio del mismo, sino que también puede decidir autónomamente sus actos, mediante Resoluciones (art. 29 AC), funciona en forma permanente y actúa únicamente en función de los intereses de la subregión en su conjunto, por lo cual no puede ni solicitar ni aceptar instrucciones de los gobiernos de los países miembros.

Quizá hubiese bastado para un mejor funcionamiento de la Comunidad Andina y el robustecimiento de su carácter supranacional la sola incorporación de la regla de la mayoría para adoptar las decisiones de la Junta, sin necesidad de convertirla en un órgano unipersonal⁸³⁷, acompañada de una disminución de su dependencia frente a la Comisión. Ello porque, como vimos, la Junta del Acuerdo de Cartagena tenía estructuralmente todas las características de independencia y autonomía que exige la supranacionalidad para su existencia. Lo que no quiere decir que la creación de una figura como la del Secretario General vaya a perjudicar por sí misma el carácter decididamente supranacional de este órgano. Todo dependerá de la independencia y la autonomía

⁸³⁶ Para el primer período que comenzó en 1997 fue elegido como Secretario General de la Comunidad Andina el Embajador venezolano Sebastián Alegrett, ex-Secretario General del Sistema Económico Latinoamericano (SELA) y ex-Embajador de Venezuela en Colombia, en Brasil y en la Organización de Estados Americanos (OEA). También participó en representación de Venezuela en las negociaciones para la incorporación de este país al Acuerdo de Cartagena, lo que finalmente ocurrió en 1973.

⁸³⁷ Aunque no pareciera haber ocurrido con la Secretaría General de la Comunidad Andina, este tipo de órganos unipersonales son más viables en organizaciones intergubernamentales y no para las que tienen poderes tan importantes como la Comunidad Andina, cuyo órgano ejecutivo debe ser igualmente fuerte y nada mejor para ello que sea colegiado como la Comisión europea y como lo era la Junta del Acuerdo de Cartagena, con la posibilidad de dictar sus decisiones por mayoría para evitar obstrucciones en su funcionamiento.

con que el propio Secretario General ejerza sus funciones ya que tiene grandes posibilidades, según el Acuerdo, de dictar actos que no están sometidos a la Comisión, se ha disminuido su dependencia de ésta y ejerce la manifestación más evidente de la existencia de coacción en la Comunidad Andina sobre los Estados miembros y por consiguiente de la supranacionalidad existente en este proceso.

1.4.1.3. El Consejo Presidencial Andino

El original Acuerdo de Cartagena sólo tenía previsto como órganos a los anteriormente descritos: la Comisión y la Junta. Hoy la situación ha cambiado porque con posterioridad a 1969 han sido creados otros órganos andinos por tratados separados como son el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (hoy Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) y el Parlamento Andino, ambos en 1979, e incorporados al Acuerdo de Cartagena por el Protocolo de Quito de 1987.

Ahora, con vigencia desde 1997, el Protocolo de Trujillo ha creado el Sistema Andino de Integración (S.A.I.) y la Comunidad Andina "integrada por los Estados soberanos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, que se establece por el presente Acuerdo" (art. 5 AC). En el S.A.I., el Consejo Presidencial Andino, funcionando en el ámbito andino desde 1989, aunque creado formalmente en 1990, es el máximo órgano del mismo (art. 11 AC), sustituyendo con esta característica a la Comisión.

El Consejo Presidencial Andino está conformado por los Jefes de Estado de los países miembros del Acuerdo de Cartagena (art. 11 AC). Emite directrices sobre los distintos ámbitos de la integración subregional andina, las cuales son instrumentadas por los órganos e instituciones del Sistema que determine, conforme a las competencias y mecanismos establecidos en sus respectivos tratados o instrumentos constitutivos.

Como puede verse, el Consejo Presidencial Andino es un órgano típicamente intergubernamental, tanto en su estructura como en su funcionamiento, ya que está constituido por los Jefes de Estado de los países miembros, en representación, por supuesto, de éstos, y aunque el Protocolo no tiene reglas expresas para su funcionamiento, al igual como sucede en las conferencias internacionales y demás reuniones entre varios países de la comunidad internacional, utiliza la regla del consenso para dictar sus directrices. Se reúne en forma ordinaria una vez al año, de preferencia en el país que ejerza la Presidencia del mismo y puede reunirse de manera extraordinaria cada vez que lo estime conveniente en el lugar que se acuerde antes de su convocatoria (art.13 AC).

1.4.1.4. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores

El Protocolo de Trujillo incorporó a la estructura orgánica de la Comunidad Andina al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, creado formalmente mediante acuerdo suscrito en Lima el 13 de noviembre de 1979, fecha en que se procedió a instituir el llamado Consejo de Cancilleres Andinos, antecedente más importante de este nuevo órgano comunitario andino.

El Protocolo de Sucre de 1997, que todavía no está vigente, incorpora un nuevo capítulo al Acuerdo de Cartagena llamado "Relaciones Externas" en el que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores cumple un importante papel ya que es el encargado de formular la política exterior común para los asuntos que sean de interés subregional. A tal efecto, los Estados miembros "concertarán posiciones políticas conjuntas que permitan una participación comunitaria efectiva en foros y organizaciones políticas internacionales". Adicionalmente el Acta de Guayaquil, suscrita por el Consejo Presidencial Andino en abril de 1998, confirmó el compromiso de una política exterior común y aprobó un conjunto de directrices para diseñar esta política y desarrollar las relaciones externas con mandatos al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión⁶³⁸.

El actual Consejo Andino de Cancilleres está conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros del Acuerdo de Cartagena (art. 15 AC) y le corresponde, entre otras funciones, formular la política exterior de los países miembros en los asuntos que sean de interés subregional, así como orientar y coordinar la acción externa de los diversos órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración; dar cumplimiento a las directrices que le imparte el Consejo Presidencial Andino y velar por la ejecución de aquéllas que estén dirigidas a los otros

⁶³⁸ El 25 de mayo de 1999, el CAMRE, basado en el artículo 16, literal a) AC, aprobó la Decisión 458 en donde estableció los Lineamientos de la Política Exterior Común, que comprende sus principios, objetivos, criterios, mecanismos, modalidades y áreas de acción. Finalmente, el Acta de Cartagena, firmada por los Presidentes Andinos en mayo de 1999, instruye a los órganos del S.A.I. a que "contribuyan en sus respectivas competencias al desarrollo de la agenda de trabajo de la Política Exterior Común adoptada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores" y encomendaron a este órgano a que "establezca a la brevedad posible las prioridades para la ejecución en el corto plazo de la agenda de trabajo de la Política Exterior Común", la cual se ha venido ejecutando hasta el momento.

Ha sido justamente en las discusiones de la Política Exterior Común en donde se han manifestado los más evidentes desacuerdos y choques entre el llamado Consejo de Cancilleres y la Comisión en relación a las competencias de cada uno en esta área, especialmente en lo referido a la Política Comercial Común, la cual cada uno de estos órganos considera incluida dentro de sus competencias.

Pese a haberse dictado una Decisión en esta materia, lo referido a la Política Exterior, al no ser todavía parte del Acuerdo de Cartagena, no forma parte de las competencias de la Comunidad Andina, motivo por el cual la referida Decisión sólo contiene, como lo hemos descrito, lineamientos, principios y objetivos, pero la definición de la Política Exterior como tal sigue siendo competencia nacional de cada país, en la que, a lo sumo, lo que podrá haber son acuerdos intergubernamentales para llevar una posición conjunta, pero en todo caso será definida por los propios países y no por el órgano comunitario.

órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración; y formular, ejecutar y evaluar, en coordinación con la Comisión, la política general del proceso de la integración subregional andina (art. 16 AC).

Como puede verse, este órgano básicamente se encarga de dirigir los aspectos relacionados con las relaciones exteriores de la Comunidad Andina y coordina la posición conjunta de los países miembros en foros y negociaciones internacionales, en los ámbitos de su competencia, incluyendo la suscripción de convenios y acuerdos con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y de cooperación (art. 16 AC).

Igualmente puede imaginarse que por la índole de sus funciones, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores es un órgano típicamente intergubernamental ya que maneja fundamentalmente cuestiones políticas, en las que no ha habido la atribución del ejercicio de competencias nacionales como son los asuntos de política exterior, materia ésta en la que los países miembros mantienen la plenitud de sus competencias, en la que el Consejo de Cancilleres es sólo un foro en el que se reúnen los Estados miembros para coordinar o concertar posiciones comunes, que no son decididas por este Consejo en forma comunitaria. Por ello, tanto en su estructura como en su funcionamiento, aplica reglas de marcado carácter interestatal ya que, junto el Consejo Presidencial Andino, constituye el eje político de la Comunidad Andina, expresándose mediante Declaraciones y Decisiones adoptadas por consenso (art. 17 AC), en donde sólo estas últimas formarán parte del ordenamiento jurídico de esta comunidad.

1.4.1.5. El Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina y está integrado por cinco magistrados, quienes deberán ser nacionales de origen de los Estados miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia (art. 6 TTA).

Los magistrados del Tribunal de Justicia gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no pueden desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente, y deben abstenerse de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo (art. 6 TTA). Son designados de temas presentadas por cada país miembro y por la unanimidad de los plenipotenciarios acreditados para tal efecto (art. 7 TTA) y son designados para un período de seis años, se renuevan parcialmente cada tres años y podrán ser reelegidos por una sola vez (art. 8 TTA).

Los magistrados del Tribunal de Justicia podrán ser removidos a requerimiento del gobierno de un país miembro únicamente cuando en el ejercicio de sus funciones hubieren incurrido en falta

grave prevista en el Estatuto del Tribunal y de conformidad con el procedimiento en él establecido (art. 10 TTA). De acuerdo con dicho Estatuto, son faltas graves: la mala conducta notoria; cualquier acción incompatible con el carácter de su cargo; la falta reiterada a los deberes inherentes a su función; el desempeño de actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente o académica; y la violación del juramento de que ejercerá sus atribuciones a conciencia y con absoluta imparcialidad, guardará el secreto de las deliberaciones del Tribunal y cumplirá los deberes inherentes a sus funciones.

El Reglamento Interno del Tribunal de Justicia (RITJ) establece la forma de adoptar decisiones en ese órgano judicial. Dispone en el artículo 78 RITJ que su Presidente, luego de un procedimiento previo de consultas entre los magistrados, someterá a votación el proyecto de sentencia. Igualmente, el artículo 30 ETJA establece que en la deliberación final del proceso, los magistrados expresarán su opinión motivada y en las sentencias del Tribunal no podrán expresarse votos salvados ni opiniones en disidencia. Así, en el procedimiento de adopción de decisiones, el Tribunal busca en primer lugar una especie de consenso entre los magistrados, en el cual éstos solicitan modificaciones en el proyecto de sentencia y luego de la búsqueda de este consenso, el proyecto definitivo se somete a votación donde se aplica la regla de la mayoría, como ocurre en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Los países miembros se obligan a otorgar al Tribunal todas las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones y por ello, el Tribunal y sus magistrados gozan en el territorio de los países miembros de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y en particular por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas.

El Tribunal de Justicia, que constituye un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los gobiernos de los países miembros y de los otros órganos de la Comunidad Andina, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente (preámbulo del Tratado), tiene naturaleza supranacional, no sólo porque la estructura y conformación le permite actuar con independencia y autonomía, como se desprende de las características antes descritas, sino porque sus sentencias deben aplicarse en los países miembros sin homologación ni *exequatur*.

Sentado lo cual debe subrayarse que el sistema judicial andino está integrado no solamente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que es el que tiene la mayor responsabilidad en la formación del proceso de integración y tiene el monopolio de la interpretación del derecho andino, sino también por los tribunales nacionales de los países miembros ya que éstos también tienen competencia para aplicar este derecho.

Existe, pues, una distribución de competencias entre el tribunal comunitario y los tribunales nacionales, aun cuando la interpretación última del derecho andino está reservada, de manera exclusiva, al Tribunal de Justicia. En efecto, cuando un juez nacional, sea cual fuere su jerarquía, conoce de un proceso donde deba aplicarse una norma andina puede o debe, según los casos, solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia andino. El juez nacional no puede interpretar el derecho andino, a menos que la sentencia que vaya a producir sea susceptible de recursos en el derecho interno. Cuando la sentencia pone fin al juicio, el juez nacional debe suspender el proceso judicial y solicitar, de oficio o a petición de parte, la interpretación del tribunal andino. Esta interpretación es de obligatorio cumplimiento por parte del juez nacional.

Para algunos, pudiera considerarse que la interpretación prejudicial rompe con el principio de la unidad del poder de decisión del juez o de jurisdicción. Así, el juez de la causa está facultado como regla general para interpretar y aplicar la ley. Pero en el derecho comunitario estas dos funciones suelen estar separadas porque el tribunal comunitario interpreta el derecho y el juez nacional lo aplica. Con esta separación se busca la interpretación uniforme del derecho comunitario, mediante la cooperación de funciones entre el tribunal comunitario y los tribunales nacionales. Esta cooperación no establece entre estas dos jurisdicciones una estructura jerárquica. La circunstancia de que el juez nacional tenga que solicitar la interpretación prejudicial y acatar la que emana del tribunal comunitario, no debe considerarse como una relación jerárquica sino, por el contrario, entre uno y otro tribunal contribuyen, con sus distintas funciones, a elaborar una decisión en la que se aplique de modo uniforme el derecho comunitario⁸³⁹.

El carácter supranacional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ve acentuado cuando estudiamos lo relacionado con el acceso de los particulares a su jurisdicción. Ciertamente, según el Tratado original, las personas naturales o jurídicas podían intentar la acción de nulidad ante el Tribunal de Justicia contra las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta "que les sean aplicables y les causen perjuicio" (art. 19 TTA de 1979). Ahora, el nuevo Tratado del Tribunal, modificado por el Protocolo de Cochabamba, aclarado este aspecto, no solamente agregando las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y los Convenios como materia impugnabile en nulidad, sino también porque en el Tratado original la redacción no estaba cónsona con las modernas doctrinas procesales que rigen estos procesos ya que, si nos limitábamos a su letra, el artículo 19 TTA no permitía el acceso de los particulares en ciertos casos en los que debía ser procedente. Afortunadamente con la incorporación de los conceptos de intereses legítimos y derechos subjetivos en el aludido artículo 19 TTA, el acceso de los particulares se hace más amplio, aunque el Tribunal ya venía aceptándolos y aplicándolos jurisprudencialmente. En todo caso, lo

⁸³⁹ ANDUEZA, José Guillermo, "Los tribunales de justicia comunitarios frente a otros órganos de integración", *Jornadas sobre integración económica y derecho comunitario andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara (Venezuela)-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto, 1995, pp. 177-178.

importante a destacar aquí es que se mantiene el acceso de los particulares a la jurisdicción del Tribunal, lo que constituye un síntoma muy importante de la presencia de supranacionalidad en el sistema judicial andino.

Igualmente, las personas naturales o jurídicas tienen derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 TTA, esto es, cuando los países no adopten las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina o adopten o empleen medidas que sean contrarias a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación (art. 31TTA), en el caso en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.

Además, el Protocolo de Cochabamba ha agregado en el artículo 25 TTA la posibilidad de que las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro, puedan acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24 TTA. Esta acción excluye la anterior del artículo 31 TTA, es decir, no pueden intentarse conjuntamente.

También el Protocolo de Cochabamba amplió el acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria andina, con lo que aumenta el carácter supranacional de este Tribunal, al disponer en el artículo 37 TTA que las personas naturales o jurídicas podrán requerir el cumplimiento de las obligaciones que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, lo que constituye el recurso por omisión o inactividad, no previsto en el original Tratado del Tribunal; igualmente cabe destacar la posibilidad abierta a los particulares en el Protocolo de Cochabamba de someter a arbitraje por el Tribunal las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (art. 38 TTA).

1.4.1.6. El Parlamento Andino

El Parlamento Andino no estuvo previsto como órgano del Acuerdo de Cartagena en 1969 sino que se incorporó como tal en el Protocolo de Quito de 1987, vigente desde el 25 de mayo de 1988, aunque ya venía funcionando en el ámbito comunitario andino desde su creación por disponerlo así su tratado que lo constituyó, de 25 de octubre de 1979, vigente desde el 17 de enero 1979.

Al Parlamento Andino se le califica en el Protocolo de Trujillo como el órgano deliberante del Sistema Andino de Integración. Su naturaleza es comunitaria, representa a los pueblos de la Comunidad Andina y está constituido por representantes elegidos por sufragio universal y directo, según procedimiento que se adoptará mediante Protocolo Adicional que incluirá los adecuados criterios de representación nacional (art. 42 AC).

En tanto se realicen las elecciones directas, el Parlamento Andino estará conformado por representantes de los Congresos Nacionales, de conformidad con sus reglamentaciones internas y al Reglamento General del Parlamento Andino (art. 42 AC)⁸⁴⁰.

Las atribuciones del Parlamento Andino son eminentemente políticas, de tipo orientativo o de promoción, mas no de decisión, y no tiene facultad legislativa alguna. Le corresponde participar en la promoción y orientación del proceso de integración subregional andino; examinar la marcha de este proceso; formular recomendaciones sobre los proyectos de presupuesto anual de los órganos e instituciones del Sistema; sugerir a éstos acciones o decisiones que tengan por objeto o efecto la adopción de modificaciones, ajustes o nuevos lineamientos generales con relación a los objetivos programáticos y a la estructura institucional del Sistema; participar en la generación normativa del proceso mediante sugerencias a los órganos del Sistema de proyectos de normas sobre temas de interés común, para su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; promover la armonización de las legislaciones de los países miembros; y promover relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los países miembros, los órganos e instituciones del Sistema, así como con los órganos parlamentarios de integración o cooperación de terceros países (art. 43 AC).

Como señalamos, el Parlamento Andino es un órgano comunitario y representa a los pueblos de la Comunidad Andina, por lo que no recibe instrucciones de los gobiernos de los Estados miembros. Sin embargo, pese a decirlo así el Acuerdo, el Parlamento Andino no es actualmente el órgano deliberante del Sistema, ni política ni legislativamente, y no está conformado en su totalidad por representantes elegidos por sufragio universal y directo de los pueblos de los países miembros, sino que está constituido por diputados nacionales de los Congresos de los Estados miembros, por lo que en la actualidad no está representando realmente en forma directa a los ciudadanos andinos sino a los Estados miembros.

Por estos motivos, no podemos decir que el Parlamento sea un órgano de carácter supranacional sino que más bien representa los intereses de los Estados miembros dentro de las limitadas facultades que tiene.

⁸⁴⁰ Hasta el momento de escribir estas líneas, el único país que ha realizado las elecciones para elegir directamente a los parlamentarios andinos es Venezuela, que las realizó en 1998 y en el 2000.

Nos corresponde ahora estudiar lo que llama el Acuerdo de Cartagena las Instituciones del Sistema Andino de Integración, que constituyen los aspectos extracomunitarios de la integración andina ya que no forman parte de la estructura orgánica de la Comunidad Andina propiamente dicha, es decir, la que ha sido creada por el Acuerdo de Cartagena y otros tratados para que funcionara con las reglas y los elementos de la supranacionalidad. Las instituciones del S.A.I. tienen su propia estructura orgánica, lo que les permite actuar con independencia en sus correspondientes áreas de los demás órganos, aunque sin la posibilidad de dictar actos de naturaleza comunitaria. No obstante su independencia, la idea es que se relacionen con las demás instituciones y órganos de la Comunidad Andina como lo establece el artículo 9 AC⁸⁴¹.

1.4.1.7. Instituciones consultivas

El Acuerdo de Cartagena de 1969 preveía al Comité Consultivo como "órgano" a través del cual los países miembros mantenían una estrecha vinculación con la Junta y estaba integrado por representantes de todos los países miembros (art. 19 AC).

También el original Acuerdo de Cartagena preveía un Comité Asesor Económico y Social (CAES), integrado por representantes de los empresarios y de los trabajadores de los países miembros (art. 22 AC).

El Protocolo de Quito de 1987 sustituyó a ambos comités por un Consejo Consultivo Empresarial y un Consejo Consultivo Laboral, integrados cada uno por delegados del más alto nivel⁸⁴², elegidos directamente por las organizaciones representativas de los sectores empresarial y laboral de cada uno de los países miembros.

Correspondía a los Consejos Consultivos emitir opinión ante la Comisión o la Junta, a solicitud de éstas o por propia iniciativa, sobre los programas o actividades del proceso que fueran de interés para los sectores empresarial y laboral.

El Protocolo de Trujillo ha adaptado estos Consejos a la nueva realidad de las instituciones de la Comunidad Andina estableciendo que a los mismos, que se mantienen, les corresponderá emitir opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la

⁸⁴¹ **Artículo 9.-** Con el fin de lograr la mejor coordinación del Sistema Andino de Integración, el Presidente del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores convocará y presidirá la Reunión de Representantes de las instituciones que conforman el Sistema.

⁸⁴² Realmente estos nuevos Consejos Consultivos ya habían sido creados por Decisión de la Comisión en 1983, pero no aparecían en el Acuerdo de Cartagena.

Secretaría General sobre los programas o actividades del proceso de la integración subregional andina que fueran de interés para sus respectivos sectores (art. 44 AC).

Por su carácter eminentemente consultivo y no tener competencias para emitir decisiones, no nos vamos a detener a analizar aquí detalladamente sus caracteres principales toda vez que ello no es relevante para la determinación de la naturaleza jurídica de la Comunidad Andina.

1.4.1.8. Instituciones financieras

El Acuerdo de Cartagena de 1969 preveía en su Sección E un mandato a la Comisión y a la Junta de mantener estrecho contacto con el Directorio y Presidente Ejecutivo de la Corporación Andina de Fomento, institución creada por tratado separado en 1970, con el fin de establecer una adecuada coordinación con las actividades de ésta y facilitar de esta manera el logro de los objetivos del Acuerdo (art. 24 AC).

Luego, el Protocolo de Quito de 1987 incorporó a esta Sección E, que pasó a ser F, al Fondo Andino de Reservas, que luego fue convertido en 1991 en el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR). Además, agregó un párrafo en el que ordenan a la Comisión y a la Junta a mantener una estrecha coordinación con los demás organismos de la integración subregional creados por otros instrumentos internacionales.

Finalmente el Protocolo de Trujillo ha establecido que la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas son instituciones financieras del Sistema Andino de Integración cuyo objeto es impulsar el proceso de integración subregional andino (art. 45 AC); asimismo, ha ratificado el mandato anterior del Acuerdo de Cartagena original y del Protocolo de Quito, con ligeras variantes de redacción, en el sentido de mantener vínculos de trabajo, con el fin de establecer una adecuada coordinación de actividades y facilitar, de esa manera el logro de los objetivos del Acuerdo (art. 46 AC).

La Corporación Andina de Fomento fue creada por convenio constitutivo que se suscribió el 7 de febrero de 1968 por los países participantes en la Conferencia de Bogotá, entró en vigor el 30 de enero de 1970 y comenzó sus operaciones en junio de 1970. Es una persona jurídica de derecho internacional público, que está destinada a servir de base financiera al proceso de integración andina, cuya misión es apoyar el desarrollo sostenible de sus Estados accionistas y la integración regional mediante una eficiente movilización de recursos para la prestación oportuna de servicios financieros múltiples de alto valor agregado, a clientes de los sectores público y privado⁸⁴³.

⁸⁴³ SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Informativo Andino*, N° 11, septiembre de 1997, p. 16.

Así las cosas, la Corporación Andina de Fomento apoya los proyectos multinacionales de integración, como es el caso de la industria metalmecánica, en la idea de constituirse en un auténtico Banco de la Integración. La idea central de la Corporación es "contribuir a impulsar el proceso de integración subregional mediante una especialización racional de las inversiones utilizando criterios equitativos de distribución"⁸⁴⁴. En este sentido, la Corporación actúa como intermediario financiero, movilizandopreferentemente recursos desde los países industrializados hacia la región; promueve el comercio y las inversiones; apoya todos los niveles empresariales, desde grandes corporaciones hasta microempresas y fomenta la creación de alianzas estratégicas entre sus socios andinos y extrarregionales; apoya los procesos de reforma estructural que están llevando a cabo sus países miembros; financia el desarrollo de infraestructura productiva, especialmente en las áreas de vialidad, energía y telecomunicaciones, para facilitar la integración física y fronteriza; contribuye a la consolidación de los mercados de capital a nivel nacional y de la región andina.

Aun cuando en un principio se pensó que la Corporación Andina de Fomento tuviera carácter de persona de derecho privado, regida por la legislación del país sede (Venezuela), se la crea como una persona jurídica de derecho internacional público como ya se dijo, aunque la Corporación está constituida de forma similar a una sociedad de capital integrado por cuotas que aportan sus socios y las cuales están representadas por acciones, por lo que este organismo constituye una empresa multinacional de carácter público⁸⁴⁵.

El Directorio de la Corporación Andina de Fomento está integrado por once directores, elegidos para un período de tres años, y puede sesionar válidamente con la presencia por lo menos de seis miembros. Tiene un Presidente Ejecutivo al que el Convenio atribuye el carácter de "funcionario internacional", es el representante legal de la Corporación, ejerce la dirección inmediata y la administración de ella, y decide y tiene a su cargo todo asunto que no esté expresamente reservado a las asambleas de accionistas, al directorio, al comité ejecutivo u otros organismos subsidiarios que el directorio creare, además de aquellos que le fueren confiados.

En virtud de que la Corporación Andina de Fomento es una institución de marcado carácter financiero, aunque con características de las personas de derecho público mezcladas con las de derecho privado mercantil, no forma parte de la estructura decisoria del Acuerdo de Cartagena de la que emanan los actos obligatorios para los Estados miembros, sino que es una institución de apoyo, no es una de la que nos permita obtener datos sobre la naturaleza jurídica de la Comunidad Andina, por lo que tampoco nos detendremos en su análisis.

⁸⁴⁴ DIAZ MULLER, Luis, *El Derecho Económico y la Integración de América Latina*, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1988, p. 126.

⁸⁴⁵ En este sentido GARCIA-AMADOR, *ob. cit.*, p. 97.

Ahora bien, en relación con el Fondo Latinoamericano de Reservas podemos decir que también es una persona jurídica de derecho internacional público, con patrimonio propio y con sede en la ciudad de Santa Fe de Bogotá (Colombia). Los países del Pacto Andino, luego de la experiencia del Fondo Andino de Reservas (FAR), creado en el marco del Acuerdo de Cartagena el 12 de noviembre de 1976, "ante la inspiración latinoamericana de contar con un fondo monetario a nivel regional"⁸⁴⁶, decidieron ampliar el FAR, transformándolo en el Fondo Latinoamericano de Reservas, con la finalidad de que sirviera de apoyo de las balanzas de pagos de los países miembros, otorgando créditos o garantizando préstamos de terceros; contribuyera a la armonización de las políticas cambiarias, monetarias y financieras de los países miembros; y mejorara las condiciones de las inversiones de reservas internacionales efectuadas también por los países miembros.

En la actualidad el FLAR está integrado por los cuatro países fundadores del Pacto Andino y Venezuela, y podrán incorporarse los demás países de América Latina, comenzando por el resto de los miembros de la ALADI.

Además de su objetivo principal, el FLAR ha creado una serie de mecanismos para ponerlos al servicio de sus socios tales como créditos de apoyo a la reestructuración de la deuda pública externa, créditos de liquidez y créditos al comercio exterior. Igualmente, el Fondo, con el propósito de captar recursos y mejorar las inversiones de las reservas internacionales de los países miembros, ha desarrollado también algunos mecanismos propios, como los depósitos a término, pagarés de Tesorería, Cuenta Call, fideicomiso y acuerdos de recompra o Repos FLAR.

Como puede verse, el FLAR es una institución eminentemente financiera, que no toma decisiones en el ámbito comunitario del Acuerdo sino que sirve de apoyo a los órganos principales y auxiliares de la Comunidad Andina, por lo que su estudio no nos permite determinar la naturaleza jurídica de este acuerdo internacional, motivo por el cual no nos detendremos a analizar otros detalles de esta figura⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶ SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, *ob. cit.*, p. 17.

⁸⁴⁷ Además de la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas, son también instituciones del S.A.I. los llamados convenios sociales como el Convenio Andrés Bello, el Convenio Hipólito Unzué y el Convenio Simón Rodríguez, y la Universidad Andina Simón Bolívar, que aunque no arrojan luces sobre la naturaleza jurídica de la Comunidad Andina y la presencia de supranacionalidad en la misma, resulta importante conocer a grandes rasgos sus características:

1) El Convenio Andrés Bello: suscrito en Bogotá el 31 de enero de 1970 entre los gobiernos de las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Venezuela, también integrado por España, Chile y Panamá, procura la integración educativa, cultural y científica de los países andinos con el fin de preservar la identidad cultural y difundir el conocimiento de los propios valores y es un organismo intergubernamental internacional.

El propósito principal del convenio consiste en acelerar el desarrollo integral de los países mediante esfuerzos mancomunados en la educación, la ciencia y la cultura, con el propósito de que los beneficios derivados de esta integración cultural aseguren el desenvolvimiento armónico de la región y la participación consciente del pueblo como actor y beneficiario de dicho proceso (artículo 1º).

El Convenio Andrés Bello se propone la armonización de los sistemas educativos, propiciar acciones conjuntas de las partes y la integración cultural de estos países. Nace como un planteamiento frente a un tema social y de desarrollo humano que complementa, a partir de entonces, el proceso de integración. Goza de autonomía financiera, la cual está fortalecida por un fondo de financiamiento creado en 1975, lo que hace posible la gestión de sus recursos y el desarrollo de sus programas.

El Convenio Andrés Bello busca estimular el conocimiento recíproco y la fraternidad entre los países miembros; contribuir al logro de un adecuado equilibrio en el proceso de desarrollo educativo, científico, tecnológico y cultural; realizar esfuerzos conjuntos en favor de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura, que permita el desarrollo integral de las naciones; y aplicar la ciencia y la tecnología a la elevación del nivel de vida de sus pueblos.

2) El Convenio Hipólito Unanue: es un organismo de integración subregional cuyo objetivo es coordinar y apoyar los esfuerzos que realizan los países miembros, individual o colectivamente, para el mejoramiento de la salud y principalmente para erradicar las enfermedades transmisibles y la desnutrición, mejorar el saneamiento ambiental y la producción y comercio de alimentos básicos.

Las acciones del Convenio Hipólito Unanue, que antes estaban dispersas, han sido concretadas en un solo gran proyecto: Fronteras Saludables, que está ligado al reforzamiento y desarrollo de la vigilancia epidemiológica y la revisión y acción en torno a los convenios bilaterales desarrollados por los países signatarios.

3) El Convenio Simón Rodríguez: es un organismo de carácter intergubernamental cuya finalidad es promover la integración socio-laboral de la Comunidad Andina, a través de la armonización legislativa de las normas laborales y las de seguridad social; la coordinación de las políticas para atenuar los problemas de desempleo y subempleo; la coordinación de las políticas y acciones en seguridad social; la coordinación de los sistemas de formación laboral; y la promoción de la participación de los trabajadores y empleadores en la integración subregional.

Lamentablemente, en la actualidad este convenio se encuentra inoperativo, pero el Consejo Presidencial Andino, en sus reuniones celebradas en Caracas y La Paz, ha dado instrucciones para reactivarlo y también en las reuniones de presidentes andinos de Galápagos, La Paz y Trujillo se dieron orientaciones en el mismo sentido.

Cada uno de estos convenios sociales está dirigido en última instancia por la reunión de los ministros de los países andinos en su correspondiente campo (educación, salud y trabajo). Por su carácter promocional, no tienen mayor importancia normativa directa, aunque poseen una estructura institucional propia. Pero puede afirmarse que sus fundamentos y sus objetivos propios hacen parte de los principios generales de la integración andina. Sin embargo, su incidencia en la naturaleza jurídica de la Comunidad Andina no es directa por ser organismos de apoyo, que no emiten decisiones propias en el ámbito comunitario andino, motivo por el cual no nos detendremos a analizar en detalle su estructura.

4) La Universidad Andina Simón Bolívar: se dedica a la investigación, la enseñanza, la formación post-universitaria y la prestación de servicios, así como el fomento del espíritu de cooperación y coordinación entre las universidades de la subregión.

Esta universidad tiene su sede central en la ciudad de Sucre en Bolivia y sus actividades se desenvuelven en las instalaciones proporcionadas por la Universidad Mayor de San Francisco Xavier de Chuquisaca, pero está prevista la descentralización en unidades en los cinco países miembros.

La Universidad Andina Simón Bolívar elabora y ejecuta programas de enseñanza, entrenamiento teórico-práctico y de actualización de conocimientos, preferentemente para profesionales con título universitario y experiencia calificada; prepara y realiza investigaciones y estudios científicos de alto nivel, principalmente en ciencias naturales, ciencias sociales, ciencias de la educación y tecnología; y proporciona servicios de consultoría y cooperación técnica. Sin embargo, no tiene prevista la instalación de facultades o carreras permanentes ya que sus actividades académicas las desarrolla por intermedio de programas específicos, los que, una vez cumplidos los objetivos para los que fueron formulados, dejan de tener vigencia.

Para determinar la existencia de supranacionalidad de la Comunidad Andina nos resulta insuficiente analizar su estructura orgánica e institucional y sus reglas de funcionamiento como hemos hecho en este aparte, especialmente la de los órganos principales como el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, el Parlamento Andino y el Tribunal de Justicia. Ello porque existen, por un lado, órganos políticos con estructuras y funcionamiento claramente intergubernamentales como son el Consejo Presidencial Andino y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Por el otro, tenemos otros órganos que tienen una estructura orgánica de una naturaleza específica, ya sea intergubernamental o supranacional, pero que luego tienen una forma de funcionamiento que pareciera darles otro carácter: la Comisión y la Junta.

Aunque para algunos autores pudiera ser suficiente una realidad como la anotada para determinar la supranacionalidad de la Comunidad Andina, consideramos que los aspectos analizados hasta ahora no son suficientes para llegar a una conclusión y por eso nos dedicaremos a analizar en las próximas páginas la situación de lo que Pescatore llama la inmediatez del ordenamiento jurídico comunitario, es decir, qué es lo que pasa en el ámbito andino con la aplicación del principio de efecto, aplicabilidad y eficacia directa del derecho comunitario.

1.4.2. La incidencia del derecho generado por la organización en los países miembros y sus ciudadanos

El derecho comunitario tiene como característica primordial que incide directamente en la esfera jurídica de los Estados miembros de la comunidad y sobre todo en la de sus ciudadanos en una forma tal que no requiere de la participación de los órganos del Poder Público nacionales para lograrse que ello se consiga. Esto ocurre a través de varios principios que veremos que están presentes en la Comunidad Andina.

1.4.2.1. La aplicación directa de las normas comunitarias

En el original Acuerdo de Cartagena de 1969, la aplicabilidad directa del derecho andino no estaba del todo clara, especialmente porque nos encontrábamos con una estructura orgánica en la que no se podían determinar de manera categórica la naturaleza jurídica de cada uno de sus componentes ni la de la organización completa. Así, además de que el Acuerdo no disponía nada de modo expreso al respecto, la realidad orgánica de ese momento daba lugar a muchas dudas para sostener la procedencia de este principio y de hecho algunos autores no lo consideraban aplicable⁸⁴⁸.

⁸⁴⁸ En este sentido, MAZA, *ob. cit.*, p. 36.

Hoy la situación a este respecto ha cambiado. A los órganos originales del Acuerdo -la Comisión y la Junta-, con una débil connotación supranacional, se le han agregado otros como el Tribunal de Justicia, en el que no hay dudas de que se trata de un órgano jurisdiccional en el que está presente la supranacionalidad porque decide obligatoriamente ciertas controversias, en lugar de los Estados, en las que los tribunales de éstos deben abstenerse de actuar, y aplica e interpreta de manera uniforme todo el derecho comunitario andino en forma monopólica.

Por otro lado, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia ha venido a aclarar y considerar procedente la aplicación en el ámbito comunitario andino del principio de aplicabilidad directa de las normas comunitarias. Efectivamente, dicho tratado no solamente regula la creación y organización del Tribunal sino que además dedica un capítulo entero a las características del ordenamiento jurídico andino, subsanando de esta forma una laguna importante que tiene al respecto el Acuerdo de Cartagena.

En este orden de ideas, el artículo 1 TTA dispone que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende: el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado de Creación del Tribunal de la Comunidad Andina; las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores⁸⁴⁹; las Resoluciones de la Secretaría General⁸⁵⁰; los convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí dentro del marco del proceso de la integración subregional andina⁸⁵¹.

De acuerdo con el artículo 2 TTA, las Decisiones obligan a los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión de la Comunidad Andina o por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

⁸⁴⁹ Equivalen a los Reglamentos del Consejo o de la Comisión de las Comunidades Europeas.

⁸⁵⁰ Equivalen a las Decisiones de la Comisión de las Comunidades Europeas.

⁸⁵¹ Como puede verse, no existe en el ordenamiento jurídico andino la figura de las Directivas comunitarias europeas. Sin embargo, pudiera entenderse que pudiera haber una figura similar en ciertos casos excepcionales cuando el órgano comunitario competente decida aplicar la excepción del principio de aplicabilidad directa que le permite el artículo 3 TTA cuando en términos que pudieran producir una mala interpretación de esta norma contra la naturaleza supranacional de la Comunidad Andina permite que, antes de poner en vigencia una Decisión, puede la Comisión o el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores no poner en vigencia la norma andina hasta que los Estados dicten los actos internos correspondientes que coadyuven en la aplicación de la Decisión comunitaria, lo que podrá hacer el órgano andino competente por razones enteramente comunitarias y no porque lo exijan los Estados miembros por razones internas.

Esta disposición del Tratado de Creación del Tribunal ha sido mal interpretada por quienes no aceptan la supranacionalidad andina al decir que tal disposición es una prueba de las normas andinas requieren "incorporación al derecho interno" como dice la norma, a lo que los autores defensores de la supranacionalidad andina han contestado que tal expresión debe entenderse en los términos de derecho comunitario y no en los de derecho internacional.

El artículo 3 TTA dispone que las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y las del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores "serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior" y agrega, en párrafo aparte, que cuando su texto así lo disponga, "las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro".

Respecto a las Resoluciones de la Junta, el artículo 4 TTA establecía que éstas entraban en vigencia en la fecha y con las modalidades que estableciera su reglamento, lo cual daba lugar a pensar que la intención había sido establecer que no era procedente la aplicabilidad directa en este caso, salvo que el propio Reglamento de la Junta lo previese. Esto resultaba incomprensible sobre todo porque las Resoluciones de la Junta también podían ser de carácter general o de naturaleza normativa, por lo que la aplicación directa estaba justificada en ciertos casos muy importantes. Por esto, tal disposición del Tratado de 1979 no debió haberse colocado de esa manera tan amplia sino sólo para las Resoluciones de la Junta que tuvieran destinatario específico o que fuesen de carácter particular, de manera que el Reglamento de la Junta regulara esta situación de la manera más conveniente y efectiva, esto es, que estableciera un régimen de notificación individual como ocurre con las Decisiones europeas. Afortunadamente, el artículo 4 TTA de 1979 ha desaparecido en el Protocolo de Cochabamba.

En cualquier caso, el derecho derivado, concretamente el artículo 13 del Reglamento de la Junta (Decisión Nº 9) establecía que las Resoluciones de este órgano entraban en vigor en la fecha en que se adoptaren y serían comunicadas a los Estados miembros por conducto de los organismos normales de contacto del Acuerdo, mediante carta que enviaría el Director-Secretario.

La situación actual es que el Protocolo de Cochabamba ha eliminado por completo referencia alguna sobre la aplicabilidad y vigencia de las Resoluciones de la Junta, y aún de la Secretaría General, lo cual ahora no es tan grave vista la eliminación de aquél órgano, pero en nuestro criterio ello no impide considerar que el principio de aplicabilidad directa es también procedente respecto a las Resoluciones de la Secretaría General de carácter normativo, lo que permite la vigencia directa e inmediata de las normas comunitarias en los Estados miembros y frente a sus ciudadanos sin necesidad de transformaciones o incorporaciones de tales normas en los derechos internos.

Para solucionar esta discusión sobre la procedencia de la aplicabilidad directa de las Resoluciones de la Junta, creemos que es útil saber lo que ha dicho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las Decisiones, con relación a las cuales tampoco el Tratado de la Comunidad Europea previó expresamente su aplicabilidad directa.

Si bien en principio las Decisiones europeas no tienen alcance general como los Reglamentos sino que son dictadas para destinatarios específicos, y tampoco el Tratado de la Comunidad Europea ha previsto la aplicabilidad directa en forma expresa para ellas en la sentencia Grad la posibilidad de producir efectos directos, en la que el Tribunal reconoció que, si bien los efectos de una Decisión no son idénticos a los de un Reglamento, "esa diferencia no excluye que el resultado final sea el mismo: hacer valer el derecho que la norma obligatoria genera ante las autoridades públicas"⁸⁵². Como vemos, el Tribunal hace abstracción, para otorgar el efecto directo a las Decisiones, del tipo de norma del derecho derivado, lo cual ratifica en la sentencia SACE cuando dice que "conviene considerar no solamente la forma del acto en causa, sino su contenido sustantivo, así como su función en el sistema del tratado"⁸⁵³.

Las anteriores consideraciones del Tribunal de Justicia europeo son en nuestro criterio totalmente aplicables al ámbito comunitario andino: el carácter obligatorio del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina hace que sea necesario el efecto directo de las Resoluciones de la Junta, siempre y cuando contenga normativa de carácter general, sin destinatario específico.

Y es que aunque el Tratado de 1979 no expresaba de manera literal que las Resoluciones tienen carácter obligatorio, lo que sí hace el Tratado de la Comunidad Europea respecto a las Decisiones en el artículo 249 TCE, no cabe duda que las Resoluciones andinas son obligatorias, no sólo porque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ya lo ha considerado así, sino porque forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, como lo establece el artículo 1 TTA, y un ordenamiento jurídico sin carácter obligatorio no es comprensible. En nuestra opinión, el Tratado del Tribunal no lo manifestó expresamente porque resultaba obvia su obligatoriedad.

En todo caso, se trata ésta de una discusión que ya ha perdido interés (aunque debe considerarse y no dejarlo de lado porque sirve para solucionar los casos regulados en el pasado por Resoluciones de la Junta todavía vigentes y en los que todavía están pendientes por adoptar decisiones jurisdiccionales o administrativas) con la eliminación de la Junta como órgano principal de la Comunidad Andina, siendo sustituida por la Secretaría General, cuyas decisiones, también llamadas Resoluciones, establece el artículo 3 TTA, serán directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, tal como ocurre con las Decisiones, a menos que las mismas señalen una fecha posterior, todo lo cual aclara la situación a partir de ahora respecto a los actos normativos de la Secretaría General y confirma nuestra tesis de la procedencia de la aplicabilidad directa también en este tipo de actos cuando existía la Junta aunque el Tratado no lo dijera.

⁸⁵² Sentencia TJCE, caso Grad, de 6 de octubre de 1970 (as. 9/70).

⁸⁵³ Sentencia TJCE, caso SACE, de 17 de diciembre de 1970 (as. 33/70).

Por último, continuando con el contenido exegético del Tratado de 1979 en relación con la aplicabilidad directa, el artículo 5 TTA expresa que los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación, lo cual es ratificado por el Protocolo Modificadorio de 1996 en el artículo 4 TTA. En este momento no nos vamos a detener a explicar el contenido de este artículo porque de él nos ocuparemos más adelante cuando estudiemos el principio de seguridad jurídica en la integración del derecho andino.

En definitiva, vemos que a partir del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de 1979, se deja establecida la aplicación en el ámbito comunitario andino del principio de aplicabilidad directa, en forma expresa para las Decisiones de la Comisión (y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores a partir del Protocolo Modificadorio de 1996) y entendemos que para las Resoluciones de la Junta que tengan aplicación general, carácter normativo y deban publicarse en el órgano oficial de la Comunidad Andina, lo cual, aunque excepcional, no es descartable, al igual como puede suceder en la Comunidad Europea con ciertas Decisiones de la Comisión, órgano éste equivalente europeo de la Junta de la Comunidad Andina, sin tomar en cuenta el cambio sufrido por esta institución por el Protocolo Modificadorio de 1996⁸⁵⁴.

⁸⁵⁴ Sin embargo, la aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias, si bien no considerada en los tratados constitutivos de la Comunidad Andina hasta el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de 1979, se consideró antes procedente en Decisiones de la Comisión. En efecto, la Comisión ya consideraba desde antes del Tratado de 1979 que las Decisiones que implicaran obligaciones para los países miembros entrarían en vigor en la fecha que indicaran o, en caso contrario, en la fecha del acta final de la reunión respectiva, de acuerdo con el artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia, dichas decisiones adquirirían fuerza vinculante y eran exigibles de cumplimiento a partir de esta fecha de vigencia.

De igual modo, la determinación del carácter obligatorio de las Decisiones de la Comisión constaban en otro instrumento de igual valor e idéntico origen como fue la Decisión N° 6 de la Comisión, aprobada durante el primer período de sesiones extraordinarias del 21 al 25 de octubre de 1969, en la que se decía que la Comisión expresaría su voluntad mediante Decisiones que se enumerarían consecutivamente, en las que en los casos de que sus disposiciones implicaran obligaciones para los países miembros o para los órganos del Acuerdo, se indicaría la fecha de su entrada en vigor en el artículo final y en caso contrario, se entendería que la fecha correspondiente era la de la aprobación del acta final de la reunión respectiva.

Diez años después, afortunadamente, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia como hemos visto esclareció definitivamente el problema, aunque con algunas dudas concretas, incluyendo en su texto la obligatoriedad de las Decisiones de la Comisión desde la fecha de su aprobación y disponiendo que son directamente aplicables en los países miembros a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, creada también por el mismo Tratado de 1979.

Hasta la puesta en vigencia del Tratado de 1979, la forma de aplicar las Decisiones de la Comisión podía ser diferente y hasta contradictoria. Y lo más grave de todo, dice un ex-Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, "era que había Decisiones que no se aplicaban simultáneamente en todos los países miembros, con lo cual se creaba un derecho desigual que podía beneficiar a unos países en perjuicio de otros" (ANDUEZA, "La aplicación directa del...", *ob. cit.*, p. 15).

La norma general que dispone la aplicabilidad directa e inmediata de las Decisiones de la Comisión en los países miembros de la Comunidad Andina en el Tratado de 1979 reconoce como exentas de este precepto únicamente aquellas Decisiones en las que se indique una vigencia posterior a la de la publicación en la Gaceta Oficial, pero en todo caso esta vigencia posterior es una decisión de la Comisión y no de los Estados miembros, al igual que el requisito de incorporación al derecho interno que, según el Tratado de 1979, será indispensable únicamente cuando el texto de la correspondiente Decisión así lo disponga, lo cual refuerza el carácter supranacional de esta organización.

Para algunos autores, la posibilidad de que se establezca como requisito para la vigencia de una Decisión la incorporación al derecho interno por los países miembros es una facultad que tiene la Comisión y que debe utilizarla en forma muy restrictiva, en los casos concretos de los artículos 27 y 28 AC, esto es, en casos muy excepcionales, y no es una facultad discrecional de ese órgano porque su uso frecuente podría afectar el dinamismo de un proceso de integración⁸⁵⁵.

En efecto, la norma del artículo 3 TTA ofrece algunos problemas de interpretación. La primera pregunta que sale a relucir es si la facultad de la Comisión es ilimitada y puede ser utilizada en cualquier momento que lo estime conveniente o es una facultad reglada que sólo se puede ejercer en ciertos casos determinados por el Acuerdo de Cartagena.

Ciertamente, en virtud de afectar un principio tan importante del derecho comunitario, la facultad de la Comisión no parece ilimitada y en nuestro criterio no puede serlo. La aplicación directa e inmediata de las Decisiones de la Comisión tiene como finalidad fundamental la de dinamizar el proceso de integración y permitir que esos actos comunitarios se apliquen simultáneamente y en el

Esto último es importante porque, como continúa diciendo este autor, un pacto que crea una comunidad económica es un acuerdo entre partes iguales y en virtud del cual todos y cada uno de los signatarios deben poner toda su voluntad en la realización de los objetivos que se han propuesto. Simplemente, si no se adoptan las medidas que sean necesarias para alcanzar esos objetivos, no habrá comunidad y la asociación carecerá de motivos para seguir luchando por la integración económica (ANDUEZA, "La aplicación directa del...", *ob. cit.*, p. 15).

Posteriormente, la Comisión del Acuerdo en su XXIX período de sesiones ordinarias, luego de la firma del Tratado de 1979 pero antes de su entrada en vigor el 19 de mayo de 1983, declaró la validez plena de los siguientes principios comunitarios: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales; b) el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales, sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los países miembros; c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los países miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del acta final de la reunión respectiva, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Comisión. En consecuencia, dichas decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de su vigencia.

⁸⁵⁵ ANDUEZA, "La aplicación directa del...", *ob. cit.*, pp. 20-21.

momento que lo juzgue oportuno la Comisión. Si se deja a la Comisión la posibilidad de que la aplicación de las Decisiones se difiera de acuerdo con los intereses de algunos países miembros, ello puede introducir un nuevo elemento de obstrucción, como de hecho lo ha sido, a la aplicación uniforme del derecho comunitario andino.

Un autor venezolano dice que el fundamento jurídico de la obligatoriedad del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina depende de la naturaleza jurídica de la norma que se aplique. Así, las normas contenidas en los tratados o acuerdos obligan a las partes en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, para que un tratado o acuerdo internacional obligue a los Estados signatarios es necesario que éstos cumplan con las formalidades previstas en el ordenamiento constitucional para la recepción del derecho internacional. Los tratados, acuerdos, protocolos e instrumentos adicionales que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina han cumplido con todas las formalidades exigidas por todos los ordenamientos constitucionales y por tanto, son obligatorios para los países miembros y para los particulares⁸⁵⁶.

Ahora bien, la aplicabilidad directa e inmediata de una norma pactada en un tratado o acuerdo internacional depende de que la norma esté o no estructuralmente completa en sus elementos objetivos y subjetivos, es decir, cuando ha individualizado sus destinatarios y la materia a regular. Cuando no es así, el derecho internacional se aplica a los individuos sólo a través del derecho interno. Por tanto, la aplicabilidad directa de las normas del Acuerdo de Cartagena, así como las del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, depende de que ellas sean o no completas, es decir, que contengan los elementos objetivos y subjetivos perfectamente determinados. Si esas normas son incompletas, corresponderá a los órganos de la Comunidad o al derecho interno completarlas o desarrollarlas para que tengan plena validez. En consecuencia, la obligatoriedad del Acuerdo de Cartagena entre las partes y su aplicabilidad directa a los particulares se origina en el principio *pacta sunt servanda* y en la incorporación de ese acuerdo al derecho interno de los países miembros.

Igualmente, las Decisiones de la Comisión son obligatorias para los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas por ese órgano de la Comunidad Andina y desde ese momento crean derechos y obligaciones para esos países. Como norma de conducta obligatoria que es, su incumplimiento origina responsabilidad internacional y forman parte del derecho interno. Lo mismo debía suceder con las Resoluciones de la Junta que tuvieran ciertos requisitos y con las actuales Resoluciones de la Secretaría General, aunque el artículo 3 modificado del Tratado del Tribunal no las incluye, por las razones que ya hemos mencionado. Lo contrario entrabaría el sistema andino y no se concibe un ordenamiento jurídico comunitario sin tal carácter.

⁸⁵⁶ ANDUEZA, "La aplicación directa del...", *ob. cit.*, p. 12.

Este principio también ha sido recogido por el Consejo Presidencial Andino que, por un lado, reiteró la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena como se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y por otro, ha insistido a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión⁸⁵⁷.

1.4.2.2. El principio de seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario en los Estados miembros

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha destacado que la posibilidad de los particulares de invocar ante los tribunales nacionales la normativa comunitaria no constituye sino una "garantía mínima", de tal forma que es necesario que, con carácter previo, aquéllos estén en condiciones de poder efectivamente invocar el derecho comunitario; y tal invocación es realmente posible sólo cuando los Estados miembros realizan las acciones necesarias para que el derecho comunitario se integre de hecho en los ordenamientos internos de manera efectiva.

Ello implica, como ha señalado Ricardo Alonso García, que previamente a cualquier debate en torno a la eficacia o no de una norma comunitaria y al desplazamiento que el derecho nacional pueda llegar a sufrir a favor del comunitario en virtud del principio de primacía, "es necesario que el ciudadano comunitario -y, en general, todos los operadores jurídicos, incluidas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales- se encuentre en condiciones de conocer con claridad la situación existente en cada caso entre ambos ordenamientos, eliminando al respecto, en virtud del principio de seguridad jurídica, cualquier incertidumbre en cuanto al Derecho aplicable"⁸⁵⁸.

Partiendo de la anterior premisa, destaca el mismo autor, "el principio de seguridad jurídica ofrece dos variantes fundamentales de naturaleza formal, referidas a la obligación de eliminar situaciones de incertidumbre provocadas por la existencia de derecho interno incompatible con el comunitario, y a la obligación de integrar el ordenamiento comunitario en el interno de una manera lo suficientemente clara y pública como para permitir su pleno conocimiento por los operadores jurídicos, sobre todo de los ciudadanos potencialmente titulares de derechos otorgados por el ordenamiento comunitario"⁸⁵⁹.

Así las cosas, de alguna manera las anteriores consideraciones sobre el principio de seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario tiene su consagración expresa en el artículo 4 TTA, que dispone que los países miembros están obligados a adoptar las medidas que

⁸⁵⁷ CONSEJO PRESIDENCIAL ANDINO, Acta de Caracas, mayo 18 de 1991.

⁸⁵⁸ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 286.

⁸⁵⁹ ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 286-287.

sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. El mismo artículo establece que los países miembros se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Es decir, no basta con que el Tribunal de Justicia consagre jurisprudencialmente principios tan importantes como el efecto directo y la primacía del derecho comunitario sino que los Estados miembros tienen que tener una actitud positiva para que estos principios puedan llevarse a la práctica, a través de la eliminación de los obstáculos internos en sus ordenamientos jurídicos nacionales que pudieran perturbar la aplicación efectiva del derecho comunitario.

Como vemos, la supranacionalidad existente en la estructura orgánica y el funcionamiento de la Comunidad Andina se ve reforzada con la presencia en forma expresa del principio de la seguridad jurídica, el cual complementa el principio de aplicabilidad directa establecido en el Tratado del Tribunal y el de primacía del derecho comunitario que, como veremos más adelante, la jurisprudencia se ha encargado de dejarlo establecido en forma pacífica y constante.

1.4.2.3. La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario

Respecto a este principio, debemos referirnos a dos tipos de responsabilidades: la interna de los Estados miembros frente a sus ciudadanos, de la que nos vamos a ocupar en primer lugar porque es la que tiene que ver con el elemento de la supranacionalidad que estamos estudiando, y la responsabilidad de los Estados miembros frente a la Comunidad, a la que nos referiremos varias páginas más adelante al tener relación con otro elemento de la supranacionalidad como es la coacción.

En relación con la responsabilidad interna de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario, ésta deriva en la Comunidad Andina de varias normas del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia. En primer lugar, ya vimos que su artículo 4 TTA dispone para los Estados obligaciones tanto de hacer como de no hacer para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias andinas.

Al mismo tiempo, el Tratado establece una acción de incumplimiento, tanto por parte de la Secretaría General y los Estados miembros como de los mismos particulares, y al final de sus disposiciones aparece una particularmente importante para la procedencia de la responsabilidad de los Estados miembros según la cual las "personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho

interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento" (artículo 31 TTA).

Se puede extraer de esta última norma que para la procedencia de la aludida responsabilidad estatal es necesario que los particulares se dirijan a los tribunales nacionales competentes, "de conformidad con las prescripciones del derecho interno", y entendemos que los trámites procesales de esta acción serán los que establezcan también las mismas normas.

Ahora bien, desde el punto de vista sustantivo, es necesario, en primer lugar, que haya un incumplimiento del artículo 4 TTA, y en segundo lugar, la afectación de los derechos de los particulares por ese incumplimiento. No dice nada el mencionado artículo sobre la necesidad de nexo causal o relación de causalidad entre la acción u omisión del Estado y el daño producido en sus derechos subjetivos por el respectivo particular, pero ello, en nuestro criterio, no es necesario que lo diga ya que es un principio general en materia de responsabilidad extracontractual que tal relación o nexo debe producirse, a menos que la propia norma que la establezca diga lo contrario, lo cual no sucede en este caso.

Vemos que resultan aplicables en el ámbito comunitario andino las llamadas condiciones sustantivas de la responsabilidad, configuradas en el ámbito del derecho comunitario europeo, a saber, que la infracción del derecho comunitario se refiera a derechos conferidos y definidos por el propio ordenamiento comunitario, que se traduzca en una violación suficientemente caracterizada, y que exista un nexo causal entre la infracción y el perjuicio sufrido por el particular.

La primera condición que, desde la perspectiva del derecho comunitario europeo, debe reunir una infracción de éste por un Estado a los efectos de poder generar responsabilidad es que se refiera a derechos derivados de, y configurados por, el propio ordenamiento comunitario. Así, en todos los casos analizados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, concretamente los que han generado sentencias "de principios" como son Francovich y Bonifaci, Brasserie, British Telecommunications, Lomas y Dillenkofer, puede observarse la presencia de tales derechos conferidos por la norma comunitaria infringida, ya aparezcan denominados como derechos en el sentido estricto, ya como garantía como en Francovich, o como prerrogativa como en British Telecommunications.

Ahora bien, una vez que se advierte la presencia del derecho en cuestión, se produce de inmediato el paso al análisis de la siguiente condición, "pues del contenido y alcance de la norma que configure el derecho dependerá la calificación o no de la infracción como violación suficientemente caracterizada, que se entenderá sin más producida si dicho alcance aparece nítidamente delimitado, excluyendo cualquier margen de apreciación por los Estados miembros, margen a su vez

íntimamente ligado por el Tribunal de Justicia, como veremos, al carácter claro, preciso e incondicional de la norma infringida⁸⁶⁰.

Uno de los aspectos que ha causado muchas discusiones para determinar la violación suficientemente caracterizada como requisito para la procedencia de la responsabilidad de los Estados miembros es la existencia de tal requisito cuando se trata de la configuración de derechos a través de directivas, las que pueden ser incorrectamente ejecutadas o no ejecutadas por un Estado miembro, frente a lo cual la jurisprudencia ha determinado que inejecución de las directivas produce *per se* la calificación de la infracción como violación suficientemente caracterizada, esto es, con independencia de que su alcance y contenido aparezca o no perfectamente delimitado. El motivo de tal construcción no es otro que la superposición de una obligación previa, ésta en todo caso clara, precisa e incondicional, consistente en la obligación de los Estados miembros de ejecutar las directivas dentro del plazo fijado⁸⁶¹.

Distinto es el caso de las directivas incorrectamente ejecutadas en cuyo caso el Tribunal, para determinar la violación suficientemente caracterizada, entra a analizar si la directiva deja o no al Estado algún margen de apreciación y procede a tal calificación sólo cuando su alcance aparece delimitado claramente, excluyendo cualquier margen de apreciación por los Estados miembros.

En todo caso, el problema de la determinación de la violación suficientemente caracterizada de las directivas no es importante para el estudio de la responsabilidad de los Estados miembros en la Comunidad Andina en virtud de la inexistencia de esta figura en el ordenamiento comunitario derivado del Acuerdo de Cartagena, del Tratado que crea el Tribunal de Justicia y sus Protocolos Modificatorios. Sólo nos interesa saber que el requisito de la violación suficientemente caracterizada exigido por la justicia comunitaria europea para la procedencia de la responsabilidad de los Estados miembros por la infracción del derecho comunitario será cumplido cuando la norma comunitaria establezca derechos a los ciudadanos en los que los Estados para su ejecución no tengan ningún margen de apreciación por estar dicha ejecución clara y precisamente determinada.

Hecha la anterior matización, cabe sostener que en el caso de la Comunidad Andina pudieran ser aplicables tales ideas europeas, que se ven reforzadas cuando encontramos ahora, además de los antedichos artículos 4 y 31 TTA, una nueva norma (artículo 30 TTA) incorporada por el Protocolo de Cochabamba, que dice que la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal en los casos previstos en el artículo 25 TTA, ésto es, las que se produzcan en las acciones de incumplimiento intentadas directamente por las personas naturales y jurídicas, "constituirá título legal

⁸⁶⁰ ALONSO GARCIA, *La responsabilidad de los Estados miembros por...*, p. 72.

⁸⁶¹ ALONSO GARCIA, *La responsabilidad de los Estados miembros por...*, p. 72.

y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere".

De manera que a partir de la vigencia del Protocolo de Cochabamba, el particular afectado en sus derechos por la acción u omisión de un Estado de sus obligaciones andinas, tiene dos posibilidades para solicitar la responsabilidad del Estado incumplidor: a) solicitar el inicio del procedimiento de incumplimiento, pudiendo inclusive acudir al Tribunal de Justicia (art. 25 TTA), y luego, al obtener la sentencia de incumplimiento, intentar la acción judicial ante el juez nacional solicitando la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 30 TTA); b) acudir directamente ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 TTA, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento (art. 31 TTA).

Así, pues, la responsabilidad interna de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario existe en el ámbito de la integración andina; lo que no está desarrollada suficientemente es la doctrina de los requisitos para su procedencia, que hasta ahora se ha nutrido exclusivamente de la teoría de la responsabilidad extracontractual civil, sin ningún agregado del derecho comunitario. Creemos que en un futuro deberá hacerse la aplicación en la Comunidad Andina de las nuevas ideas de la responsabilidad de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, desarrolladas en forma especial en varias sentencias de 1996 (Brasserie du Pêcheur y Factortame⁸⁶², British Telecommunications⁸⁶³, Lomas⁸⁶⁴, Dillenkofer, Erdmann, Schulte, Heuer y Knor⁸⁶⁵ y Denkavit, VITIC y Voormeer⁸⁶⁶), posteriores a la sentencia Francovich y Bonifacci de 1991⁸⁶⁷.

1.4.3. La coacción sobre los países miembros

Cuando analizamos la responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario dijimos que esta responsabilidad podía ser enfocada, primero, desde el punto de vista interno, es decir, la responsabilidad que tienen los Estados frente a sus propios ciudadanos, de la cual ya nos ocupamos en el aparte precedente por tener que ver con el elemento de la supranacionalidad de la inmediatez del derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos

⁸⁶² Sentencia TJCE de 5 de marzo de 1996 (as. 46 y 48/93).

⁸⁶³ Sentencia TJCE de 26 de marzo de 1996 (as. 392/93).

⁸⁶⁴ Sentencia TJCE de 23 de mayo de 1996 (as. 5/94).

⁸⁶⁵ Sentencia TJCE de 8 de octubre de 1996 (as. 178, 179 y 188-190/94).

⁸⁶⁶ Sentencia TJCE de 17 de octubre de 1996 (as. 283, 291 y 292/94).

⁸⁶⁷ Sentencia TJCE, asunto Francovich y Bonifacci, de 19 de noviembre de 1991.

nacionales; y, segundo, la responsabilidad de los Estados miembros frente a la propia Comunidad, que tiene relación con la coacción que puede ejercer la Comunidad sobre los Estados incumplidores, que, como sabemos, constituye un elemento de la supranacionalidad. Lamentablemente, este tipo de responsabilidad no se ha configurado en la Comunidad Andina.

En todo caso, la Comunidad Andina tiene varios mecanismos que le permiten controlar los incumplimientos. Sin embargo, no en todos ellos está presente una manifestación de la coacción como elemento de la supranacionalidad porque no necesariamente un control de ese tipo implica la aplicación de sanciones, que es la evidencia para considerar que existe coercibilidad. Veamos seguidamente que, si bien los mecanismos de control de los incumplimientos son varios en la Comunidad Andina, solamente uno –la acción de incumplimiento– puede considerarse realmente como una manifestación del elemento que estamos tratando de determinar: la coacción de la organización andina sobre los Estados miembros.

1.4.3.1. La acción de incumplimiento

A los fines de determinar si un Estado ha incumplido las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia tiene prevista la acción de incumplimiento, la cual puede ser iniciada por la Secretaría General (art. 23 TTA), por un país miembro (art. 24 TTA) y por personas naturales o jurídicas (art. 25 TTA) y tiene dos etapas: una de carácter previo y de índole administrativa, y otra de naturaleza judicial en la que se solicita el pronunciamiento del Tribunal si el país miembro persistiere en la conducta objeto del reclamo.

Ahora bien, lo que nos interesa en este momento destacar es el artículo 27 TTA dispone que si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el país miembro cuya conducta ha sido objeto de la misma quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación. Si este país miembro no cumple la obligación señalada en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al país miembro remiso. El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los países miembros⁸⁶⁸.

⁸⁶⁸ Perú ha sido el primer país que aplica medidas a un país miembro, en este caso Venezuela, por incumplimiento de normas comunitarias, basado en la sentencia TJCA, que declaró el incumplimiento de aquel país en el proceso 1-AI-97, de 11 de diciembre de 1997, GOAC No. 329 del 9 de marzo de 1998. Concretamente, Perú aplicará a cinco productos venezolanos un cinco por ciento de arancel, luego de que Venezuela incumpliera la normativa andina prohibiendo la entrada a este país de ajo peruano, todo esto permitido por TJACA en auto de 20 de octubre de 1999, GOAC No. 500 de 25 de octubre de 1999 (véase también EL UNIVERSAL (Caracas) de 3 de diciembre de 1999).

Es justamente en el artículo 27 TTA donde aparece en forma más clara el elemento que queremos determinar. Este artículo contiene una posibilidad de sanción, de la cual depende que el derecho comunitario sea o no coercible porque la existencia de una verdadera sanción conlleva que el derecho comunitario sea un verdadero derecho y lo que le permite superar y diferenciarse del derecho internacional clásico que, como sabemos, carece de coercibilidad. Un proceso de integración para que sea supranacional debe tener un mínimo de coercibilidad.

Uribe Restrepo destaca en lo referente a las sanciones que se le pueden imponer a un Estado incumplidor que la regulación andina, hasta el año 1992, superaba al derecho comunitario europeo el cual, en caso de rebeldía, quedaba limitado a que el Tribunal insistiera en que sus decisiones debían ser acatadas⁸⁶⁹. Pero en el Tratado de Maastricht fue incorporada la posibilidad de imposición de multas coercitivas al Estado infractor⁸⁷⁰. Estas limitaciones también las ha subsanado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con el reforzamiento de la doctrina de la responsabilidad interna de los Estados miembros incumplidores del derecho comunitario, es decir, frente a sus propios ciudadanos y que debe ser dirimida ante los tribunales nacionales.

Así, la acción de incumplimiento es una de las formas que tiene la Comunidad Andina de ejercer sus poderes coercitivos sobre los Estados miembros ya que al final del proceso pueden decidirse sanciones inmediatas para los Estados incumplidores, que consistirán en la eliminación o reducción a éstos de los beneficios que disfrutaban por pertenecer a la misma, lo cual constituye una original forma de coaccionar a los Estados miembros.

Sin embargo, debe observarse que la acción de incumplimiento no ha funcionado como era de esperarse. Este fracaso se debe a razones de orden político, diplomático y humano ya que tanto en las Comunidades Europeas como en la Comunidad Andina, a los países miembros no les gusta

⁸⁶⁹ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 151.

⁸⁷⁰ Artículo 228 TCE. 1. Si el Tribunal de Justicia declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia.

(...)

Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado.

Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

enfrentarse entre sí, prefiriendo utilizar para los casos de incumplimiento al órgano ejecutivo comunitario como es la Comisión en las Comunidades Europeas, la Secretaría General de la Comunidad Andina o la antigua Junta del Acuerdo de Cartagena. Pero resulta que los propios funcionarios comunitarios tampoco se sentían cómodos promoviendo juicios contra los países. A ello hay que agregar que para muchos especialistas en integración, para el éxito de un proceso de este tipo debe conservarse en todo momento un ambiente de cooperación y armonía que evite la desintegración, pero muchas veces la desintegración se produce justamente porque los incumplimientos no son sancionados, lo que hace que cada país sólo haga lo que le conviene a sus intereses nacionales, que muchas veces no son tales sino simplemente dejadez o negligencia.

Según Fernando Uribe Restrepo, la acción de incumplimiento no ha funcionado, además de las anotadas razones, "debido precisamente -aunque resulte paradójico- a la gran cantidad de incumplimientos que se presentaron en las primeras etapas de la integración"⁸⁷¹, cuando no había, agregamos nosotros, Tribunal de Justicia⁸⁷². "Un explicable afán de aligerar el proceso", continúa Uribe, "un excesivo optimismo en relación con las posibilidades y un cambio dramático en las condiciones económicas de la Subregión, llevaron al señalamiento de plazos que resultaron luego de imposible cumplimiento"⁸⁷³.

Pese a lo anterior, la acción de incumplimiento existente en la Comunidad Andina supera en mucho las reglas admitidas en el derecho internacional clásico porque es una posibilidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias de los Estados de la que carece aquél, y esta vía administrativa-judicial es una manifestación de un elemento que generalmente no contienen las relaciones internacionales tradicionales como es la coercibilidad que, si bien no ha funcionado como se esperaba, constituye una característica diferenciadora de las meras experiencias de cooperación, por lo que, en nuestro criterio, la supranacionalidad de la Comunidad Andina se ve reforzada con la presencia en su ordenamiento jurídico de la posibilidad cierta de sancionar a los Estados incumplidores, mecanismo éste que afortunadamente su utilización ha ido en aumento en los últimos años, aunque en cifras todavía muy bajas pero muy esperanzadoras.

⁸⁷¹ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, pp. 152-153.

⁸⁷² Algo similar pasó en la Comunidad Europea, según el juez Mancini, quien expresó que el incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia se debió en gran parte a la "banalización" en el empleo del artículo 169 TCE, que habría conducido al siguiente "círculo vicioso": "a medida que mayor es el número de recursos, menor es la posibilidad de que los Estados ejecuten las sentencias en que aquéllos desembocan; a medida que más numerosas son las inejecuciones, menor es la credibilidad del órgano cuyos mandatos son así desatendidos; a medida que más débiles devienen tales mandatos, menos resistible es la tentación de no obedecerlos" (citado por ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, p. 464).

⁸⁷³ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 153.

Esta posibilidad de acción contra los Estados infractores del ordenamiento jurídico comunitario se ve fortalecida en el nuevo Tratado del Tribunal con una norma en la acción de incumplimiento (art. 25 TTA) que permite a los particulares acceder directamente a la Secretaría General, y luego al Tribunal, para solicitar la apertura del procedimiento de incumplimiento establecido en el artículo 24 TTA contra un Estado miembro que incumpla el derecho comunitario, con la condición de que los particulares se vean afectados en sus derechos subjetivos e intereses legítimos por el incumplimiento del país miembro y que no hagan esa solicitud simultáneamente a la acción judicial que pueden intentar en el mismo caso los particulares ante los jueces nacionales por incumplimiento del artículo 4 TTA.

1.4.3.2. La acción de los particulares

Además de la acción de incumplimiento intentada por la Secretaría General y por un país miembro, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia prevé otra posibilidad de control del cumplimiento de las obligaciones comunitarias a través de la acción de los particulares prevista en el artículo 31 TTA, según la cual las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 TTA en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.

Esta disposición no trata de crear una nueva vía de acción judicial para sancionar el incumplimiento de los países miembros como la que analizamos en el aparte anterior y por lo tanto en ella no está presente en forma tan clara el elemento coacción de la supranacionalidad, sino que lo que busca realmente es establecer una vía para determinar la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros frente a sus ciudadanos y con ella el correspondiente resarcimiento de daños y perjuicios a favor del particular, lo que, en todo caso, dependerá del derecho interno de cada país, que establecerá o no la concreta posibilidad de ejercer la acción, así como los requisitos procesales para hacerla⁸⁷⁴. Esta vía sólo indirectamente constituye una forma de coacción sobre los Estados miembros porque realmente con ella no se establecen sanciones, que es la manifestación típica de la coacción, sino indemnizaciones.

1.4.3.3. La interpretación prejudicial

Para algunos autores, el verdadero control sobre los Estados miembros por sus incumplimientos se hace a través de la interpretación prejudicial y no por la acción de incumplimiento. Ciertamente, ésta última fue poco utilizada en Europa en cierta época y ha sido lentamente

⁸⁷⁴ En este sentido, MORALES PAUL, *ob. cit.*, p. 214.

reemplazada por la cuestión prejudicial de interpretación a través de la cual también pueden ponerse en evidencia los incumplimientos de los Estados miembros, con la solemnidad y publicidad que tiene en el viejo continente este procedimiento y con toda la fuerza de una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada⁸⁷⁵.

La utilización de la interpretación prejudicial como forma de controlar los incumplimientos de los Estados miembros tiene la ventaja de que se traslada el problema de la estricta esfera política, en donde no funciona debidamente este control, al campo jurídico, donde las personas naturales o jurídicas actúan en defensa de sus intereses particulares. La pasividad e inercia propia de los órganos comunitarios se puede reemplazar por el dinamismo que suele desplegar la iniciativa privada en defensa de sus derechos.

El control de los incumplimientos no se hace por la justicia comunitaria, que siempre es mirada con recelo, sino mediante la estrecha colaboración entre las jurisdicciones nacionales y comunitaria. De este modo, el particular afectado por un incumplimiento de un país miembro, puede llegar al tribunal comunitario por intermedio del juez nacional para demostrar, dentro de un proceso contencioso, el incumplimiento de un país miembro, con el aliciente de poder lograr adicionalmente plena reparación.

No vamos a entrar a analizar detalladamente la regulación de la interpretación prejudicial en el Tratado del Tribunal ya que ello lo hemos hecho en el anterior capítulo. Es suficiente decir en este momento que la interpretación prejudicial andina sólo es una manifestación indirecta del elemento de la supranacionalidad de la coacción porque, si bien a través de esta vía judicial se pueden controlar los incumplimientos de los países miembros, no es posible a través de ella imponer sanciones, lo que únicamente puede hacerse con la acción de incumplimiento.

⁸⁷⁵ En idéntico sentido, pero refiriéndose a las Comunidades Europeas, Ricardo Alonso García expresa que aunque el artículo 177 TCE (hoy art. 234 TCE) "parece circunscribir el planteamiento de la cuestión prejudicial a la duda razonable que surja con relación a la interpretación del *Derecho comunitario*, abstracción hecha, pues, del *Derecho nacional*, lo cierto es que desde los mismos comienzos del funcionamiento de la Comunidad pudo constarse que la cuestión de interpretación era con frecuencia planteada en un contexto de *conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional*, de manera que la pretensión del juez a través del planteamiento de la cuestión prejudicial era, en definitiva, obtener del Tribunal de Justicia una respuesta a la misma a los efectos de resolver el mencionado conflicto".

Ello ha conducido, en criterio de este autor, a que en la práctica, "buena parte de las cuestiones prejudiciales se asemejen, desde la perspectiva del control judicial comunitario sobre el derecho nacional, a los procesos por incumplimiento, siendo usuales sentencias dictadas en el marco del artículo 177 en las que el Tribunal de Justicia, sin referirse abiertamente a la normativa nacional (utilizando fórmulas como la de "disposiciones del tipo descrito en el planteamiento de la cuestión prejudicial"), realiza indirectamente, sin embargo, un juicio de compatibilidad entre el contenido de la misma y el derecho comunitario." (ALONSO GARCIA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y...*, pp. 466-467).

No obstante, la interpretación judicial parece contener en sí misma un elemento de supranacionalidad al ser un mecanismo obligatorio en muchos casos para los jueces nacionales y porque la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia debe ser seguida por aquéllos en el caso concreto. Además, cuando no hay recursos ulteriores a la sentencia internamente, el órgano jurisdiccional nacional, en todos los casos en la Comunidad Andina, sin discrecionalidad alguna, debe suspender el procedimiento.

1.4.4. La autonomía financiera

Otro de los aspectos que nos pueden ayudar a determinar la presencia de supranacionalidad en la Comunidad Andina es su funcionamiento financiero, o lo que es lo mismo, el estudio de la manera de conformación del patrimonio de la Comunidad, de manera de ver si existe autonomía financiera para llevar adelante, con independencia de los Estados miembros, el ejercicio autónomo de sus atribuciones a través de sus distintos órganos, o por el contrario, la organización depende de aquéllos.

En efecto, mientras más autonomía financiera tenga la Comunidad respecto a los países miembros para ejercer sus actividades, mayor será su independencia, lo que le permitirá cumplir más fácilmente sus objetivos y actuar directamente sobre los Estados miembros, sin mediaciones e interferencias de éstos, todo lo cual, aunado con los otros factores analizados en los apartes precedentes, nos ayudará a la determinación de la presencia de supranacionalidad en la Comunidad Andina.

Para autores como Schermers, una organización internacional para ser supranacional debe tener autonomía financiera ya que su financiamiento por fondos enteramente provenientes de los Estados miembros lleva a una extensa dependencia más allá del puro campo financiero debido a que los gobiernos pueden limitar las actividades de la organización a través de los poderes presupuestarios que pueden adquirir, por la dependencia que de éstos tenga económicamente la organización⁸⁷⁶.

En nuestro criterio, la existencia de autonomía financiera lo que puede hacer es reforzar la supranacionalidad que ya exista por otros aspectos. Tal autonomía, aisladamente considerada, no consideramos que sea lo determinante y definitivo para concluir en la existencia o no de supranacionalidad en un proceso.

⁸⁷⁶ SCHERMERS, *ob. cit.*, pp. 28-29.

En nuestra opinión, para que haya supranacionalidad es necesario que existan los elementos anteriormente estudiados, como los referidos a la estructura orgánica y su funcionamiento, la incidencia del ordenamiento jurídico comunitario en la situación jurídica de los ciudadanos de los países miembros y hasta la coacción de la Comunidad sobre los Estados participantes en su nivel mínimo, todo en conjunto y sin sacarlos de contexto individualmente, los cuales son los que consideramos fundamentales para determinar la presencia de supranacionalidad. Es decir, consideramos que pudiera existir cierta autonomía financiera en una organización internacional, pero no por este solo hecho se debe concluir que ya estamos en presencia de una experiencia integradora supranacional.

De la misma manera, es posible decir que si existen elementos de otra índole que dan independencia a la organización frente a los Estados miembros, puede haber supranacionalidad aunque no haya autonomía financiera de éstos porque lo importante no parece ser que los organismos supranacionales tengan autonomía financiera para recabar los fondos sino que tengan autonomía financiera para manejar y administrar los fondos recaudados, vengan de donde vengan, inclusive de los propios Estados miembros. Sin embargo, reconocemos que lo deseable para que una experiencia de este tipo funcione eficazmente es que además de la existencia de los otros elementos que hemos estudiado, debe haber autonomía financiera, de manera que los Estados no afecten el funcionamiento de las instituciones creadas cuando ello les convenga, a través de un bloqueo financiero.

En el caso concreto de la Comunidad Andina, el Acuerdo de Cartagena no tiene establecidos mecanismos de funcionamiento que le permitan a aquélla tener independencia financiera frente a los Estados miembros ya que la Comunidad no tiene ingresos propios sino que su patrimonio depende exclusivamente de los aportes de aquéllos, lo que en la práctica a dado lugar a innumerables problemas⁸⁷⁷. Por ello, en algunos momentos se ha temido por la continuación de esta experiencia

⁸⁷⁷ De acuerdo con informaciones de prensa, todos los organismos regionales de América Latina enfrentan problemas financieros por el retraso de los países miembros en el pago de las cuotas, "factor que incide en los procesos de integración", dijo un funcionario de la Aladi. Los organismos de integración están en crisis financiera, "todos" dice la nota, y "esto siempre afecta a la integración, pero nosotros tenemos que partir de una realidad y es que somos países pobres", dijo el Secretario General de la Asociación Latinoamericana de Integración (Aladi), Antonio Antunes, quien participó en una reunión de coordinadores del Grupo de Río en Quito y precisó que los países están en mora con Aladi y también con el Sistema Económico Latinoamericano (SELA), al igual que con los organismos del Pacto Andino.

La Junta del Acuerdo de Cartagena informó recientemente que estaba a punto de paralizar sus operaciones por enfrentar un déficit al no recibir los pagos anuales. "Nos hemos quedado sin dinero y eso va a reducir nuestros programas de trabajo y nuestras actividades" dijo en Lima el Director Secretario de la Junta del Acuerdo de Cartagena, José Antonio García. Similar situación atraviesa el Tribunal Andino de Justicia, pese a que su presupuesto es autónomo del asignado a la Junta. "Estamos solicitando a los países miembros ponerse al día con sus cuotas y esperamos una pronta respuesta" dijo el Presidente Interino del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Patricio Bueno Martínez.

internacional subregional latinoamericana porque se ha dado el caso de que algunas instituciones y órganos no han tenido dinero para funcionar por la falta de los aportes de los miembros como el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que recibe los aportes directamente de los Estados miembros del Acuerdo de Cartagena y no a través de la Secretaría General.

En efecto, cada órgano de la Comunidad Andina recibe sus ingresos a través del presupuesto anual de la Comunidad que elabora la Comisión, salvo el Tribunal de Justicia que los recibe directamente de los Estados⁸⁷⁸. Este presupuesto depende exclusivamente de los aportes de cada Estado miembro, que viene calculado de acuerdo con la situación económica de cada país, por lo que hay países, como Colombia y Venezuela, que aportan mayores cantidades de dinero al funcionamiento de la Comunidad, en relación a otros como Bolivia y Ecuador, siendo aquellos los que paradójicamente están más al día con sus aportes⁸⁷⁹. Esto da lugar a muchos problemas porque si uno o varios de los países grandes, por desinterés o por problemas económicos internos, no hace sus aportes puntualmente, ello produce una crítica situación económica en toda la Comunidad, lo que se puede mantener por años si la situación que da lugar a tal incumplimiento se alarga en el tiempo. Esto se agrava aún más si la coacción de la organización sobre los países miembros es débil, lo que impide aplicar un mecanismo efectivo para solucionar rápidamente este problema.

Esto lleva a que el funcionamiento económico de la Comunidad dependa en muchas oportunidades de los gobiernos de turno, lo que es muy negativo porque si alguno de ellos no tiene interés en la misma, seguramente no hará sus aportes puntualmente si se presentan problemas en su país, que siempre considerará más importantes, y si esto se produce simultáneamente con varios países, la situación se torna nefasta para el funcionamiento de la organización, como ha pasado en

El Tribunal de Justicia andino ha propuesto que los países miembros del Pacto Andino destinen un porcentaje de sus ingresos tributarios al pago de las cuotas anuales del grupo, como solución para erradicar la morosidad. Colombia, Perú y Venezuela deben contribuir con el 28 por ciento del monto total del presupuesto del Tribunal, que representa una cuota anual de 240.000 dólares, mientras que a Bolivia y Ecuador les corresponde el ocho por ciento cada uno, por unos 64.000 dólares. En el caso del Tribunal, el único país que está al día es Colombia, que también cumple con la cuota de 1,5 millones de dólares asignada por la Junta del Acuerdo de Cartagena. Pese a esta situación, el Presidente del Tribunal descartó que este organismo paralice sus funciones. (*El Nacional*, Caracas, 2 de septiembre de 1995, p. 1-2).

⁸⁷⁸ No debemos olvidar que el Tribunal de Justicia andino fue creado por tratado separado del Acuerdo de Cartagena, el cual en su artículo 16 le permite tener un presupuesto autónomo, aprobado por la Comisión anualmente.

⁸⁷⁹ Justamente por incumplir con sus aportes, la Secretaría General ha remitido en el mes de noviembre de 1999 a los gobiernos de las Repúblicas de Perú, Bolivia y Ecuador una comunicación en la que les informa que mientras no cumplan con sus aportes o no los pongan al día, no tendrán derecho a voto en los órganos comunitarios de índole intergubernamental como la Comisión, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y hasta el Consejo Presidencial Andino, como mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico andino para sancionar los incumplimientos financieros de los Estados miembros.

varias oportunidades en la Comunidad Andina, como en la década de los ochenta cuando el problema de la deuda externa casi ahoga a todos los países latinoamericanos.

Especialmente en los últimos tiempos, cuando los países andinos han pasado por innumerables problemas económicos, el funcionamiento de la Comunidad Andina se ha visto perjudicado porque los países han dado prioridad a la solución interna de sus problemas antes que hacer sus aportes. Y peor ha sido si el país no desea seguir perteneciendo a la Comunidad y no se separa formalmente sino que da largas al asunto, o cuando el país o varios de ellos están interesados en otros acuerdos de integración o cooperación, a lo mejor más atractivos.

En todo caso, la falta de autonomía financiera produce una serie de problemas que afecta la independencia de la organización frente a los Estados miembros, por lo que en ausencia absoluta de ella, como sucede en la Comunidad Andina, tendrá que haber una estructura organizativa y funcional sólida, independiente y efectiva que aplique los principios rectores del derecho comunitario, completada con un mecanismo de coacción eficaz de la Comunidad sobre los países miembros que funcione en los casos en los que éstos incumplan sus obligaciones financieras, todo para subsanar de alguna manera la falta de esta autonomía financiera.

Así las cosas, insistimos en que, si bien el Acuerdo de Cartagena no prevé mecanismos que permitan a la Comunidad Andina tener autonomía financiera sino que su funcionamiento presupuestario depende exclusivamente en un ciento por ciento de los aportes de los Estados miembros, ello no consideramos que, por sí solo, sea suficiente para considerar que esta Comunidad sea una experiencia de mera cooperación internacional o de integración solo "a futuro", es decir, no supranacional, ya que hemos visto en los apartes anteriores de este capítulo que la Comunidad Andina tiene una estructura organizativa y funcional que le permite actuar con cierta independencia frente a los países miembros y hay una incidencia directa e inmediata del derecho andino en los Estados miembros, aunque reconocemos como débil el elemento coactivo de la Comunidad frente a los mismos.

1.4.5. La posibilidad de retiro unilateral

Otro de los aspectos que debemos analizar para determinar la presencia de supranacionalidad en la Comunidad Andina es el referente a la posibilidad de retiro unilateral del Acuerdo por los Estados miembros.

Para la mayoría de los estudiosos de la materia, el análisis de la supranacionalidad en un acuerdo internacional debe incorporar en forma primordial el estudio de su estructura orgánica y funcional, la incidencia de su ordenamiento jurídico sobre los ciudadanos de los Estados miembros y la presencia del mínimo indispensable de coacción de la organización sobre los Estados

participantes. Si de este estudio se desprende la existencia de independencia de la organización frente a los Estados, tanto desde el punto de vista de la estructura organizativa como del ejercicio de sus actividades y del producto de éstas, lo cual le permita imponer las normas y actos producidos por la organización común a los países integrantes del acuerdo en forma obligatoria, sin la mediación de los órganos internos de cada uno de ellos, entonces estaremos en presencia de una organización supranacional, a diferencia de lo que sucede en las organizaciones intergubernamentales en las que la voluntad de los gobiernos mediatiza la voluntad de la organización, sin cuyo concurso los actos internacionales no tienen validez ni eficacia en los países participantes en el acuerdo, por lo que la organización internacional carece de independencia frente a aquéllos.

Ahora bien, para otros autores, como Schermers, además de los mencionados, es necesario analizar otros aspectos para determinar la presencia de supranacionalidad en una organización internacional. Los principales los acabamos de describir a saber: a) que las decisiones de la organización sean obligatorias para los gobiernos de los Estados miembros; b) que los órganos que toman las decisiones no sean enteramente dependientes de la cooperación de todos los gobiernos participantes, o lo que es lo mismo, que las decisiones puedan ser adoptadas por mayoría sin tener que dar el voto afirmativo todos los representantes de los países participantes; c) que la organización posea el poder para hacer que las normas que de ella emanan puedan ser obligatorias directamente en los habitantes de los Estados miembros, poder éste que deriva de lo que decíamos antes de la necesidad de que la organización no deba depender de la voluntad o cooperación de los gobiernos participantes. Estos elementos han guiado nuestro análisis de la Comunidad Andina en los apartes precedentes.

Si bien para la mayoría de los autores estos elementos parecieran ser suficientes para catalogar a una organización internacional como supranacional, Schermers agrega otros dos, el primero de los cuales ya analizamos en relación con la Comunidad Andina en el aparte anterior de este capítulo como es la necesidad de autonomía financiera, siendo el segundo la imposibilidad de retiro unilateral de la organización por parte de los Estados miembros y de este último nos vamos a ocupar en el presente aparte.

Schermers considera que, en principio, el retiro unilateral de un Estado de la organización no debe ser posible si ésta es supranacional y ni siquiera deben tener los países miembros en forma colectiva el poder para disolver la organización o para disminuir o cambiar sus poderes, sin la participación de los órganos comunitarios⁸⁸⁰.

⁸⁸⁰ SCHERMERS, *ob. cit.*, p. 29.

En el caso concreto de la Comunidad Andina, según el último párrafo del artículo 110 AC, éste "permanecerá en vigencia por tiempo indefinido", pero luego el artículo 111 abre la puerta a la denuncia, lo cual podrá hacer el país miembro que lo desee y desde ese momento, "cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de tal, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia".

Nada dice el Acuerdo sobre la posibilidad de disolución, pero no dudamos que en la Comunidad Andina no solamente un Estado miembro puede denunciar el Acuerdo de Cartagena y retirarse, sino también que los Estados miembros pueden reunirse y decidir la disolución de la Comunidad sin intervención de los órganos comunitarios, aunque no lo diga el Acuerdo, porque al fin al cabo cada país mantiene su soberanía intacta.

Así las cosas, si bien en principio no pareciera haber la posibilidad de retiro unilateral cuando el Acuerdo de Cartagena expresa que estará en vigencia por tiempo indefinido, luego el propio Acuerdo le quita efecto a esta disposición al permitir la denuncia y consiguiente retiro de la Comunidad Andina de un Estado miembro en cualquier momento durante su vigencia. Y de hecho ha sucedido ya cuando en 1976 Chile decidió retirarse de la organización⁸⁸¹.

Ahora bien, ¿significa esto que en la Comunidad Andina no hay supranacionalidad? Consideramos que de ninguna manera ello debe pensarse porque, si bien pudiera ser importante que un país miembro no pueda retirarse ni todos colectivamente decidir la disolución de la Comunidad sin intervención de las instituciones comunitarias para que haya supranacionalidad, porque ello le da una

⁸⁸¹ Manuel Pérez González rememora que en 1976, el Gobierno chileno anunciaría formalmente a través de su delegado ante la organización andina su decisión de abandonar el Pacto Andino, "a pesar de lo cual, en 1992 aceptó su reincorporación al proceso, si bien únicamente como accionista de la Corporación Andina de Fomento" (DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones...*, p. 605).

En nuestro criterio, no se puede considerar que Chile se haya reincorporado al proceso de integración andino por haberse hecho accionista de la C.A.F. ya que esta institución funciona con independencia y en labores en las que sus accionista no se inmiscuyen de ninguna manera en la integración andina como tal. Además de se trata una institución, la C.A.F. que busca realizar su labor a nivel latinoamericano y no solamente andino. Sólo de una manera muy indirecta se puede hacer una afirmación como esa sobre Chile, tan indirecta que la relación de Chile con la integración andina es inexistente.

En todo caso, la retirada de Chile, como destaca Pérez González, agravó la crisis que comenzaba a sufrir el Pacto Andino en 1976 y es una prueba de que los avatares políticos de los países miembros han influido mucho en el desenvolvimiento del proceso de integración andino. No olvidemos que Chile se retira de la organización a raíz de la asunción al poder de Augusto Pinochet, cuya política económica estaba en contra de las ideas del Acuerdo de Cartagena, más que las que aplicó el Presidente Allende desde 1970, por posiciones de base adoptadas desde 1974 en un nuevo contexto político que chocaban "con los planteamientos del sistema andino en cuestiones tales como la planificación industrial y, sobre todo, el tratamiento de la inversión extranjera", regulada por la famosa Decisión 24 "en torno a cuya aplicación se centrara la polémica" (DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones...*, p. 603).

gran estabilidad y permanencia al Acuerdo, sin embargo ello, al ser muy difícil de lograr, no es fundamental en nuestro criterio para la existencia de aquélla. Pretender eso sería ser demasiado idealista y es una posibilidad muy remota y utópica. Al igual como sucede con la autonomía financiera, se trata de dos elementos que su presencia podría reforzar la supranacionalidad que pueda desprenderse de los elementos fundamentales que hemos estudiado, pero nunca estos últimos por sí solos califican sustancialmente a la organización desde el punto de vista jurídico.

La imposibilidad de retiro unilateral de los Estados miembros de la organización es concebible como elemento fundamental de la supranacionalidad solo si consideráramos que lo que ocurre en ella es una efectiva transferencia o cesión de soberanías y no una atribución de ejercicio de competencias nacionales, que es lo que en nuestro criterio ocurre en la supranacionalidad porque se mantienen las soberanías intactas en titularidad de los Estados miembros. En aquélla concepción, sólo la organización comunitaria puede decidir su destino, pero en cambio, en la segunda, los Estados siguen siendo dueños de las decisiones fundamentales de la organización, por mantener su autodeterminación y en consecuencia pueden retirarse cuando quieran de la organización.

Por lo anterior, pese a haber la posibilidad de retiro unilateral de la Comunidad Andina por parte de cualquier Estado miembro, los anteriores elementos analizados nos hacen ver que ésta es una organización supranacional porque tiene una estructura orgánica que puede funcionar con cierta independencia, el ordenamiento jurídico que genera puede tener incidencia directa e inmediata en los Estados miembros y los órganos comunitarios pueden coaccionar, en el mínimo indispensable, a los Estados miembros en el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias.

1.4.6. Otras consideraciones sobre la supranacionalidad: la integración andina

No podemos terminar el análisis de la supranacionalidad de la Comunidad Andina sin hacer referencia a los objetivos por los que se suscribió el Acuerdo de Cartagena, que de alguna manera reflejan las intenciones y metas de este proceso de integración, lo que indirectamente confirma que el mismo tiene características especiales, entre las cuales está la supranacionalidad como ingrediente necesario para llevarlo a cabo.

En primer lugar se puede deducir que la Comunidad Andina no tiene fines que buscan un resultado concreto en forma inmediata sino que se requiere para llegar a ellos de un proceso previo de conformación o perfección, que busca ir más allá de una simple colaboración o coordinación entre los países participantes, con el deseo de crear compromisos profundos que implican la constitución de un nuevo espacio territorial. Los objetivos de la Comunidad Andina coinciden con los de un proceso de integración en los que, si bien pudiera no acordarse de inmediato o a muy corto plazo la

constitución de una nueva unidad territorial en la que los Estados participantes, manteniendo su individualidad, puedan realizar las actividades que determine el tratado con plena libertad de sus factores de producción sin discriminación ni obstáculos ni fronteras u otras medidas de efecto equivalente, esto se tenga previsto hacer en un plazo razonable.

En este orden de ideas, la Comunidad Andina se conformó con la finalidad de lograr un mercado común latinoamericano en el ámbito de la ALALC⁸⁸² y para esto previó la creación de un Arancel Externo Mínimo Común (AEMC)⁸⁸³ como fase previa para lograr un Arancel Externo Común (AEC)⁸⁸⁴, lo que finalmente se hizo en enero de 1995⁸⁸⁵, para lo cual se convirtió la Comunidad Andina previamente en una zona de libre comercio el 31 de enero de 1993 (sin la participación del Perú en ambos casos)⁸⁸⁶, constituyéndose finalmente una unión aduanera en 1995.

⁸⁸² En efecto, el artículo 1°. AC dice: "El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conformación de la ALALC en un mercado común, todo ello con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión".

⁸⁸³ Véase Decisión 12 de la Comisión sobre "Aprobación del Arancel Externo Mínimo Común para los Productos del Primer Tramo de la Lista Común de la ALALC", de 9 al 14 de abril de 1970; Decisión 30 de la Comisión sobre Arancel Externo Mínimo Común, adoptada en las sesiones de ese órgano andino entre el 14 y el 31 de diciembre de 1970 y Decisión 33 sobre el AEMC, adoptada por la Comisión en sus sesiones entre el 8 al 10 de marzo de 1971, todas celebradas en Lima, Perú.

⁸⁸⁴ Según el artículo 3°. AC de 1969 "para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: (...) d) Un Arancel Externo Común, cuya etapa previa será la adopción de un Arancel Externo Mínimo Común;...".

⁸⁸⁵ En la Decisión 324 de la Comisión sobre Arancel Externo Mínimo Común, Programa de Liberación e Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales, adoptada el 25 de agosto de 1992 en Lima, Perú, se aprobó una estructura del AEC con cuatro niveles arancelarios: 5%, 10%, 15% y 20%, que se aplicaría a los productos no originarios de la Subregión a partir del 31 de octubre de 1992 y se acordó un período de transición hasta el 31 de diciembre de 1993 durante el cual los países miembros irían aproximando sus aranceles nacionales a los niveles del AEC definidos para cada ítem en anexo que se elaboraría a más tardar el 31 de octubre de 1992. Bolivia podría mantener niveles de 5% y 10%. Finalmente con las Decisión 370, sobre el AEC, adoptada del 25 al 26 de noviembre de 1994 en Quito, Ecuador, se aprobó la estructura definitiva de éste con cuatro niveles arancelarios de 5%, 10%, 15% y 20% y se indicó que los países miembros fijarían sus aranceles nacionales en correspondencia con el AEC a más tardar el 31 de enero de 1995 (véanse también Decisiones 335 del 4 de marzo de 1993, adoptada en Bogotá, Colombia; 350, adoptada el 17 de diciembre de 1993 en Lima, Perú; 357 del 29 de abril de 1994, adoptada en Lima, Perú; y 365 del 21 de julio de 1994, adoptada en Caracas, Venezuela, todas sobre el AEC).

⁸⁸⁶ En las sesiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena celebradas el 25 de agosto de 1992, se aprobó la Decisión 321 sobre Suspensión Temporal del Perú en la que se estableció que Perú suspendería sus obligaciones con respecto al Programa de Liberación de Bienes y el AEMC hasta el 31 de diciembre de 1993 y que, durante ese período, no participaría en la adopción de decisiones relativas a la armonización de políticas macroeconómicas, a la definición del AEC, al perfeccionamiento de la Zona de Libre Comercio andina y a las negociaciones comerciales que los restantes países adelantasen con terceros. En consecuencia, las decisiones que se adoptasen en tales áreas no serían de aplicación al Perú, que mantendría una condición equivalente a la de

En este sentido, Venezuela y Colombia han avanzado significativamente hacia la constitución de un espacio económico integrado con características iniciales y uniformes de unión aduanera ya que se cuenta con un arancel externo común que abarca más del 90 por ciento del universo arancelario del 10 por ciento. El resto de los países miembros ha adoptado un arancel

observador en las reuniones de la Comisión que se llevasen a cabo relacionadas con los temas indicados, pero conservaría su estatus de participante activo en las demás materias. Los demás países miembros podrían suspender las obligaciones del Programa de Liberación de Bienes con respecto a Perú dentro de los sesenta días siguientes de entrar en vigencia la mencionada Decisión. Posteriormente, la suspensión se extendería hasta el 30 de abril de 1994, mediante la Decisión 347 adoptada en Lima, Perú el 17 de diciembre de 1993 que modificó la 321.

Finalmente, en el Protocolo de Sucre firmado en Quito, Ecuador, en mayo de 1997, Perú se reincorporó plenamente a sus obligaciones andinas, incorporándose a la Zona de Libre Comercio. En abril de 1994, la Comisión del Acuerdo de Cartagena adoptó la Decisión 353 sobre Participación de Perú en el grupo Andino, en la cual se estableció que este país reasumiría su plena participación en lo relativo a la adopción de decisiones sobre armonización de políticas macroeconómicas y sobre negociaciones comerciales conjuntas con terceros países, pero podría mantener niveles arancelarios del 15% y 25% y conservaría una condición equivalente a la de observador antes dicha.

Perú incorporó inmediatamente a la zona de libre comercio las subpartidas NANDINA que, en la propuesta de la Junta sobre el AEC, que dio origen a la Decisión 335, se encontraban con niveles arancelarios de 0% y 5%, y el 31 de diciembre de 1994, aquellas que se encontraban con nivel arancelario de 10%. Esta Decisión no fue ejecutada y más tarde la Decisión 387 tuvo un importante retroceso en esta materia porque se permitió a Perú mantener su propia estructura arancelaria y su condición equivalente a la observador en las reuniones de la Comisión que se llevasen a cabo para tratar materias relacionadas con el AEC y avanzar en el perfeccionamiento del libre comercio mediante la ampliación de los acuerdos bilaterales suscritos con los demás países miembros.

La reincorporación plena del Perú en la Comunidad Andina se resolvió en la reunión de la Comisión en la cual se aprobaron las Decisiones 414 sobre Perfeccionamiento de la Integración Andina; 415 sobre Medidas Correctivas por Diferencias Arancelarias entre Perú y los Países Miembros; 416 sobre Normas Especiales para la Calificación y Certificación de Origen de las Mercancías; 417 sobre Criterios y Procedimientos para la Fijación de Requisitos Específicos de Origen, Expedición de Registro o Inscripción Sanitaria; 419 sobre Modificación de la Decisión 376 sobre Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología; y 420 sobre Armonización de Mecanismos de Financiamiento y Seguro de Crédito a las Exportaciones Intrasubregionales, que conformaban un paquete producto de las negociaciones (MALDONADO LIRA, Héctor, *30 años de Integración Andina, Balance y Perspectivas*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 1999, pp. 108-124).

En sentencia TJCA de 11 de diciembre de 1997, proceso 1-AI-97, el Tribunal catalogó la situación del Perú como "desorden normativo" y las Decisiones 321, 347, 353 y 387 "muestran este desorden normativo que vivió la subregión andina en momentos en que por circunstancias que no corresponde a este Tribunal juzgar, decidió mantenerse en situación de indefinición el *status* de uno de sus Países Miembros". "Además", dijo el Tribunal, "los regímenes establecidos en las Decisiones citadas constituían un retroceso en el proceso de multilateralización de las relaciones comerciales entre los Países Miembros". "Esta técnica legislativa", continuó el órgano judicial comunitario, "consistente en volcar en la ley la ausencia de voluntad política para eludir la solución de las incidencias de la integración, se traduce en situaciones de indefinición que desdibujan el carácter mandatario del ordenamiento jurídico, y resultan contrarias al principio de seguridad jurídica que recomienda contar con reglas claras para el cumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros".

Finalmente expresó el Tribunal "Ante esta situación caótica corresponde al Tribunal dilucidar y precisar el régimen jurídico aplicable en cada caso a las relaciones entre los Países Miembros como se deja consagrado en esta sentencia".

Las anteriores consideraciones fueron ratificadas en su totalidad en sentencia TJCA, proceso 5-AN-97, de 8 de junio de 1998, GOAC No. 361 de 7 de agosto de 1998.

comunitario diferente como Bolivia, que ha logrado mantener su arancel nacional, y Ecuador, que ha conseguido un trato preferencial para un conjunto significativo de partidas.

Ahora bien, los objetivos principales que persiguió el llamado Pacto Andino desde sus comienzos, como lo prevé el Capítulo I del Acuerdo de Cartagena de 1969 (art. 1º), fue "promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros y acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común". Es decir, el Acuerdo de Cartagena no tenía previsto agotarse en el modelo creado en 1969 sino ir mucho más allá, esto es, la utilización de la integración económica como una estrategia de desarrollo y como una manera de lograr una distribución equitativa de los beneficios derivados de la misma, de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos, para llegar a un mercado común, para lo cual ideó una estructura institucional de carácter supranacional muy simple, que se ha ido perfeccionando con el tiempo.

Para lograr estos objetivos comunitarios, se establecieron en el Acuerdo de Cartagena de 1969 una serie de medidas específicas, además de la creación del mencionado arancel externo común, como la armonización de las políticas económicas y sociales, la programación industrial, el programa de liberalización aduanera, la ejecución de programas de desarrollo agropecuario, el tratamiento preferencial en favor de Bolivia y Ecuador y la canalización de recursos, tanto internos como externos, a través de la Corporación Andina de Fomento.

Por otro lado, como ya dijimos, en virtud de sus ambiciosos objetivos integracionistas, desde su inicio la Comunidad Andina contempló la existencia de una organización común, sólo superada por las Comunidades Europeas. En los primeros años, se crearon la Comisión, la Junta y otras instituciones consultivas y financieras, para luego ir incorporándose al aparato orgánico del entonces llamado Pacto Andino el Tribunal de Justicia, el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y el Parlamento Andino, además de los convenios en las áreas social, cultura, educación, ciencia y tecnología, entre otros, todo lo cual ha fortalecido la estructura supranacional del Acuerdo de Cartagena.

Los profesores venezolanos Antonio Francés y Luisa Palacios expresan que la intención del Acuerdo de Cartagena no era constituirse en una alianza política o una red de instituciones a nivel regional sino en un verdadero acuerdo de integración económica⁸⁸⁷. De allí los intentos, fallidos hasta principios de los noventa, de constituir un espacio económico uniforme entre los países miembros, en el cual hubiera, en primer lugar, la libre circulación de mercancías y así aumentar el comercio

⁸⁸⁷ FRANCES, Antonio y Luisa PALACIOS, "Resultados económicos del Pacto Andino", *Integración Eurolatinoamericana*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 495.

intrarregional, para luego pasar a etapas más avanzadas como el mercado común, que parece ser su finalidad última y está previsto que comience en el año 2005. Es por esto que los países andinos se comprometieron desde el propio Acuerdo de Cartagena de 1969 a poner en vigor un arancel externo común a más tardar el 31 de diciembre de 1980 (art. 61 al 68 AC), lo cual lamentablemente no se hizo por problemas políticos y económicos muy importantes de los integrantes del Pacto Andino, lo que se enmascaró en decisiones y protocolos, fundamentalmente los de Lima (octubre de 1976) y Arequipa (abril de 1978), que dieron validez a tales incumplimientos de los plazos originalmente establecidos en el Acuerdo original haciendo prórogas a los mismos. Posteriormente en 1987, se suscribió el Protocolo de Quito en el que nuevamente se hicieron aplazamientos importantes en las fechas para el cumplimiento de los distintos objetivos, como por ejemplo que el arancel externo común se pospusiera en siete años (de 1988 a 1995) y otro tanto para la validez de las listas de excepción; en relación con Bolivia y Ecuador, la validez de las excepciones se prorrogó en seis años (de 1993 a 1999) y la adopción del arancel externo común en siete (de 1990 a 1997) para la adopción plena.

Afortunadamente, en 1989 la Comunidad Andina recupera el aliento, luego de casi una "década perdida" y se acordó la Declaración de Galápagos, en la que se retomaron nuevamente los objetivos del Acuerdo original, aunque cambiado el concepto de integración que se quería por uno de regionalismo abierto en lugar del de sustitución de importaciones que prevalecía en el Acuerdo original, con mayor apoyo político por parte de los Presidentes de los Estados miembros⁸⁸⁸. Se decidió el 31 de diciembre de 1995 como nueva fecha objetivo para culminar el Programa de Liberación de todos los productos del universo arancelario, salvo los incluidos en las listas de excepciones de Colombia, Perú y Venezuela, que quedarían totalmente liberados de gravámenes y otras restricciones y amparados por el AEMC o el AEC, según correspondiere, antes del 31 de diciembre de 1993, y los productos incluidos por Bolivia y Ecuador en sus listas de excepciones, que quedarían totalmente liberados de gravámenes y otras restricciones antes del 31 de diciembre de 1997. La Comisión aprobaría el AEC a más tardar el 31 de diciembre de 1992, luego de lo cual los países miembros iniciarían su adopción gradual para su plena aplicación por Colombia, Perú y Venezuela a más tardar el 31 de diciembre de 1997, y por Bolivia y Ecuador a más tardar el 31 de diciembre de 1999⁸⁸⁹.

⁸⁸⁸ Para esto, el Acta de Galápagos, suscrita el 20 de diciembre de 1989, contiene el nuevo Diseño Estratégico para la Orientación del Grupo Andino, que postuló dos grandes objetivos para la acción del Grupo Andino en la década de los noventa: a) consolidar el espacio económico andino y b) mejorar su articulación con el contexto internacional y reforzar su contribución a la unidad latinoamericana (MALDONADO LIRA, *ob. cit.*, p. 78).

⁸⁸⁹ Véase Decisión 258 sobre Instrumentación del Diseño Estratégico en el Sector Comercio, adoptada el 12 de febrero de 1990 en Lima, Perú.

Afortunadamente, muchas de estos nuevos deseos se han ido cumpliendo, lo que le ha dado un nuevo impulso al proceso de integración andino. En febrero de 1993, los países andinos, excepto Perú, completaron la construcción de la zona de libre comercio, mediante una liberalización total del intercambio sin excepciones ni reservas, la cual quedó conformada por cuatro de los cinco países (Colombia, Ecuador, Bolivia y Venezuela), adelantándose de esta forma a la fecha originalmente establecida en la Declaración de Galápagos⁸⁹⁰.

Igualmente, la armonización de un paquete mínimo de políticas que respalde el proceso de integración andino también ha sido logrado con la adopción en 1991 de decisiones referidas a la armonización de franquicias aduaneras; a la prevención o corrección de distorsiones en la competencia por prácticas de dumping o subsidios; a las restricciones a las exportaciones; a las prácticas restrictivas de la libre competencia, y a normas especiales para calificación de origen. Por otra parte, en materia de armonización de políticas macroeconómicas, también existen algunos avances con la adopción de un programa de trabajo que prevé la armonización de políticas cambiarias, monetarias y fiscales antes del 31 de diciembre de 1992⁸⁹¹.

En este orden de ideas, el grupo de países andinos ha establecido en función de las diferentes decisiones adoptadas en el campo arancelario, especialmente desde principios de los noventa hasta el presente, un esquema que se puede caracterizar como una "unión aduanera imperfecta" por su falta de uniformidad entre todos los países miembros y por ser diferenciado y no plano "por cuanto no otorga el mismo grado de protección a la producción subregional, sino que hace un distingo entre los bienes primarios y los elaborados"⁸⁹².

Así, en este arancel externo común no se ha logrado perfeccionar un verdadero arancel externo común sino uno de tipo comunitario en el que, no obstante, son permisibles las vulneraciones unilaterales de los márgenes de preferencia recíprocamente acordados ya que, si bien el artículo 98 AC se estableció el compromiso de los países miembros de no alterar unilateralmente el arancel

⁸⁹⁰ En el Acta de La Paz, firmada el 30 de noviembre de 1990, producto del IV Consejo Presidencial Andino, se estableció acelerar la conformación del Mercado Común Andino para 1995, culminando la liberación total del comercio intrasubregional y el establecimiento de un arancel externo común de manera simultánea con la armonización de instrumentos y políticas económicas vinculados con el comercio exterior. Se dispuso adelantar al 31 de diciembre de 1991 la conformación de la Zona de Libre Comercio y a 1991 la definición del AEC, seguida por su adopción gradual, para tener constituida en 1995 la unión aduanera (COMUNIDAD ANDINA, *Documentos de las Reuniones del Consejo Presidencial (1989-1997)*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 1998, pp. 101-131).

⁸⁹¹ VACCHINO, Juan Mario y Ana María SOLARES, "Los nuevos impulsos a la integración latinoamericana", *Integración Latinoamericana*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Buenos Aires, 1992.

⁸⁹² JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA, *Informativo Andino*, N° 3, 3 de abril de 1993, Lima, 1993.

externo común e introdujo un mecanismo de consulta previa y de definición comunitaria, antes de que un país miembro pudiera asumir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la subregión, no obstante, para el caso de las relaciones comerciales con países de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), Centroamérica y el Caribe, la Decisión 322 de agosto de 1992 estableció un régimen que en la práctica permite las negociaciones bilaterales, con la sola obligatoriedad de mantener informados al resto de los países miembros. Esto se ha justificado porque existe como objetivo a largo plazo que se conforme un mercado común latinoamericano.

Por último, el Protocolo de Sucre, modificadorio del Acuerdo de Cartagena, ha introducido reformas que profundizan el concepto de la integración que busca el original Pacto Andino, entre las cuales destaca la incorporación de un nuevo capítulo en el que se establece las reglas para el establecimiento de la libertad de prestación de servicios, modificaciones éstas introducidas de cara a la futura constitución del Mercado Común Andino prevista para el año 2005⁸⁹³.

Como puede verse, desde sus inicios y muy especialmente desde principios de los años noventa hasta el presente, el Acuerdo de Cartagena ha sido mucho más que un convenio de cooperación internacional porque, además de la presencia de los elementos relacionados con su sólida estructura institucional y el funcionamiento de ésta y la aplicación de principios del derecho comunitario, el Acuerdo de Cartagena ha tenido como objetivos fundamentales la creación de un mercado común y la realización de un proceso de integración económica, utilizando la intergubernamentalidad sólo como apoyo para el logro de sus objetivos supranacionales⁸⁹⁴, proceso

⁸⁹³ En el Acta de Cartagena, producto del XI Consejo Presidencial Andino, los Estados miembros fijaron como propósito "el establecimiento del Mercado Común Andino a más tardar en el año 2005, creando las condiciones para que, a la libre circulación de bienes, se añada la libre movilidad de servicios, de capitales y de personas en la subregión" (consultada en original, p. 2). Para estos fines, la Secretaría General de la Comunidad Andina ya ha elaborado un Anteproyecto de Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Cartagena, que ha sido distribuido a los países miembros en el mes de octubre de 1999 para su análisis y aprobación, con miras al Consejo Presidencial Andino a celebrarse en febrero del 2000 en Lima, Perú.

⁸⁹⁴ Efectivamente, si bien desde 1969 el Acuerdo de Cartagena siempre tuvo como mecanismos de actuación los estrictamente comunitarios, para lo cual creó una estructura orgánica muy simple con un órgano eminentemente intergubernamental (la Comisión) y otro con una estructura cuasi-supranacional (la Junta), en 1987 y producto de la profunda crisis que atravesaba el Grupo Andino, se suscribió el Protocolo de Quito, con vigencia en 1988, que incorporó al Acuerdo de Cartagena un capítulo llamado "Cooperación Económica y Social", en el que se dejó establecido que, además de los mecanismos estrictamente comunitarios previstos en el Acuerdo de 1969, los países miembros podían llevar adelante programas de cooperación, con alguna intervención de los órganos andinos, en ciertas áreas como ciencia y tecnología, acciones externas comunes, turismo, entre otras, en las que la acción principal la harían los Estados, materias en las que se entiende no ha habido atribución de ejercicio de competencias a la organización andina. De esta manera, se crea en el Acuerdo de Cartagena, además del pilar comunitario de la integración andina constituido por los convenios sociales y las instituciones financieras, un nuevo mecanismo que complementa al estrictamente comunitario en el que se incluyen diversas materias que hacía falta reactivar la integración andina y que coadyuvan en el logro de sus objetivos.

éste que ha pasado por distintas fases, desde la adopción de un arancel externo mínimo común en 1970, hasta la unión aduanera actual, vigente desde 1995, pasando, por supuesto, por la zona de libre comercio, creada en 1993, previéndose convertir todo esto en un Mercado Común Andino en el 2005 como ya hemos dicho.

Estas características del proceso de integración andino lo que nos hace ver es que efectivamente el Pacto Andino no es un acuerdo entre países en los que éstos se compartirían las labores para llevar adelante el proceso a través de mecanismos intergubernamentales sino que la ambición de sus objetivos económicos no hace sino pensar en la existencia desde un principio de la supranacionalidad. Es decir, no se trata solamente de que la supranacionalidad se encuentra presente porque lo demuestren los aspectos que estudiamos en los apartes precedentes sino que la misma era necesaria e indispensable para cumplir con sus objetivos. Se trata, como dice Manuel Pérez González, de "la idea de *integración* como proceso dinámico, aunque el grado de supranacionalidad de la organización es hasta el presente mínimo"⁸⁹⁵.

2. La labor del Tribunal de Justicia en la definición de la supranacionalidad andina

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha tenido un papel decisivo en la definición de la supranacionalidad existente en este proceso de integración ya que, por un lado, ha aclarado el alcance de los principios rectores del derecho comunitario establecidos expresamente en sus tratados, como el de aplicabilidad directa, el de seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario en los Estados miembros y el de responsabilidad interna de los Estados miembros frente a sus ciudadanos; por el otro, el Tribunal ha considerado la existencia de otro principio muy importante sin el cual los anteriores no hubieran podido aplicarse como es el de la primacía del derecho comunitario, aunque en criterio del propio órgano jurisdiccional andino este principio estaba previsto en el Tratado del Tribunal al igual que los anteriores; realmente, pese a la claridad con la que se han dejado definidos los otros principios rectores del derecho comunitario en el tratado andino, sin embargo el de primacía sólo se encuentra recogido de una manera muy indirecta, a través de la interpretación del artículo 4 TTA y del contexto general del derecho originario andino.

Al mismo tiempo que el Tribunal de Justicia ha logrado establecer claramente el alcance de los antedichos principios comunitarios, también ha determinado la presencia de la supranacionalidad en la Comunidad Andina, llegando inclusive a decir, aunque con otras palabras, que en esta organización existe la atribución del ejercicio de competencias necesaria para que se considere existente aquel novedoso atributo de las relaciones internacionales: la supranacionalidad.

⁸⁹⁵ DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones...*, p. 609.

En efecto, el órgano judicial andino ha considerado, a propósito del estudio de la diferencia entre el derecho internacional y el derecho comunitario, que para entender "el fenómeno Comunitario como una manifestación jurídica peculiar, basta mirar como opera el ejercicio de la función jurisdiccional comunitaria frente a la noción de soberanía de cada uno de los estados miembros". "Este interrogante", ha dicho el Tribunal, "que se hicieron los países al convenir el establecimiento del órgano judicial respectivo puede responderse diciendo que la estructura, la autonomía y las competencias en un sistema judicial de este tipo, y la forma de aplicación del derecho comunitario, se mueven dentro de una órbita de acción propia basada en el mutuo respeto de las competencias funcionales que van de la interpretación del derecho por el juez comunitario a su aplicación obligatoria por el juez nacional"⁸⁹⁶.

En criterio del Tribunal andino, el fenómeno comunitario "entre nosotros nos muestra que los Estados de la región latinoamericana y de la subregión andina, por conducto de sus plenipotenciarios y directamente por sus jefes de Estado, como voceros de los países, que en uso precisamente de sus propios soberanos individuales, manifiestan su disposición de asociarse con otros estados en un esfuerzo común a fin de hacer frente a los retos del mundo contemporáneo". Según el Tribunal, los países "[d]eciden de consuno acometer las tareas del desarrollo económico y el progreso social en materias que rebasan el espacio interno para constituirse en objeto de la organización común" . "En este proceso", sigue diciendo el órgano judicial comunitario, "las naciones, más que limitar su soberanía, lo que hacen en ejercicio de ese mismo poder soberano, es delegar parte de sus competencias, transfiriéndolas de la órbita de la acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria"⁸⁹⁷.

Para el Tribunal de Justicia andino, "[l]a manifestación soberana expresada en los tratados de integración, al derivarse del ejercicio del poder estatal en democracias representativas – concretamente y en especial en el Grupo Andino- crea un ordenamiento jurídico básico que, por su efecto directo, pasa a ser compartido por los países integrantes y por sus nacionales". "De esta manera", dice el Tribunal, "tanto los países como sus ciudadanos, los particulares o las personas jurídicas, se transforman en sujetos del nuevo sistema, en destinatarios de obligaciones y al mismo tiempo en titulares de derechos, como consecuencia del "efecto de aplicación directa" de la norma comunitaria". "Tal característica", en opinión del Tribunal, "lo hace distinguible del derecho

⁸⁹⁶ Sentencia TJCA de 9 de diciembre de 1996, proceso 1-IP-96, GOAC No. 257 de 14 de abril de 1997, p. 29.

⁸⁹⁷ Sentencia TJCA de 9 de diciembre de 1996, proceso 1-IP-96, GOAC No. 257 de 14 de abril de 1997, p. 29.

internacional en el exacto sentido de que si bien no es extraño a éste, constituye en cambio la regla del derecho comunitario, pudiendo los particulares hacerlos valer directamente⁸⁹⁶.

Para el órgano judicial andino, "[e]l vocablo "integración" adquiere entonces significación cuando a la voluntad de los estados, reflejada en los tratados constitutivos –derecho primario- se suma el acervo legal expedido por los órganos reglamentarios como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de derecho derivado también de orden preeminente, regulan materias que pertenecen al ámbito de interés común de los países del área andina". "La doctrina y la jurisprudencia europeas (...) coinciden en señalar", según el Tribunal andino, "que en el complejo mundo de las relaciones internacionales, el fenómeno comunitario se vierte o es prohiado por un ordenamiento jurídico nuevo que da origen a una comunidad de derecho con características propias y cierto grado de autonomía en sus relaciones con el derecho internacional que la jurisprudencia europea ha dado en llamar "el particularismo del derecho" puesto al servicio del interés común de los países que se asocian"⁸⁹⁹.

"Como resultado de la operación de un sistema de integración", continúa diciendo el Tribunal en este punto, "se producen los siguientes cambios en el ejercicio de la soberanía para los países que se integran:

- La transferencia del poder regulador en determinadas materias de interés común de los estados, a un órgano comunitario para alcanzar las metas de la integración, produciéndose el fenómeno de redistribución de funciones y atribuciones entre los órganos comunitarios y los países miembros.
- La creación de un órgano supranacional encargado de dictar las reglas aplicables al proceso de integración en materias transferidas al mismo como el comercio exterior, las inversiones, el régimen financiero, el transporte, etc.
- La presencia de un órgano jurisdiccional permanente con capacidad exclusiva de declarar el derecho comunitario, solucionar las controversias que surjan del mismo, controlar la legalidad sobre los actos de la organización comunitaria y asegurar el cumplimiento de las obligaciones a que se comprometen los países miembros.
- La existencia de un sistema articulado de mutua cooperación entre el tribunal comunitario supranacional y el juez nacional, quien para estos fines adquiere el carácter

⁸⁹⁶ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-96, de 9 de diciembre de 1996, GOAC No. 257 de 14 de abril de 1997, p. 29.

⁸⁹⁹ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-96, de 9 de diciembre de 1996, GOAC No. 257 de 14 de abril de 1997, p. 29.

de juez comunitario para el ejercicio de la función de aplicar la ley uniformemente, basado en la interpretación jurisprudencial del tribunal internacional.⁹⁰⁰

"Puede afirmarse", según el Tribunal, "que es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras transfiriéndolas de la órbita de la acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional". "De esta manera", dice el Tribunal, "a los tratados constitutivos –derecho primario- se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional –derecho derivado- regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, éstos han resuelto soberanamente transferirlas como una "competencia de atribución a dichos órganos"⁹⁰¹.

Según el Tribunal andino, "[e]l Derecho Comunitario, al tiempo que limita el campo de acción de los Países Miembros en determinadas materias, fija sus atribuciones a las Instituciones (sic) de la Comunidad Andina, logrando una coordinación de competencias nacionales y comunitarias. A raíz de la suscripción del Acuerdo de Cartagena, determinadas competencias, originalmente ejercidas independientemente y unilateralmente por los Estados, son ejecutadas <en común> por los cinco Países Miembros en el marco de un ordenamiento jurídico y de una estructura institucional (sic), ahora comunitaria"⁹⁰².

En otra sentencia más reciente, el Tribunal de Justicia andino ha dicho sobre la supranacionalidad que "[l]a comprensión de este término dentro de la teoría jurídica contemporánea, nos aleja tanto de la definición estrictamente etimológica del mismo, como de la dada por los constitucionalistas y la propia Ciencia Política". Para el Tribunal, "[e]l escozor que esta noción produce en muchos espíritus, se debe precisamente a un enfoque etnocentrista de la misma, juzgándose con criterios valorativos propios del derecho político tradicional, esta concepción novísima y al mismo tiempo respetuosa de la soberanía interna de los Estados miembros, gracias a cuyo apoyo político surge el nuevo ente o comunidad vertebrada en torno a fines a lograr"⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-96, de 9 de diciembre de 1996, GOAC No. 257 de 14 de abril de 1997, p. 30.

⁹⁰¹ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-96, de 9 de diciembre de 1996, GOAC No. 257 de 14 de abril de 1997, pp. 29-30.

⁹⁰² Sentencia TJCA, proceso 02-AN-98, de 2 de junio de 2000 (consultada en la página web www.comunidadandina.org, p. 11).

⁹⁰³ Sentencia TJCA de 27 de marzo de 1995, proceso 5-IP-95, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo IV, p. 117).

Continúa diciendo el Tribunal andino sobre este polémico término que la "noción de supranacionalidad igualmente se ha ido afinando desde el nacimiento de la Comunidad Económica Europea, con el Tratado de París de 18 de abril de 1951 a nuestros días, y al término ya no podría sostenerse en puridad de verdad, hoy en día, como la expresión de la idea de un "Super Estado" con soberanía territorial propia". "Todo lo contrario", expresa el Tribunal, "la noción de supranacionalidad dentro del derecho de la integración es la negación del *Imperium* a la manera romana y la afirmación de la autonomía de gestión que crea los Estados que se integran"⁹⁰⁴.

Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina está clara la presencia de supranacionalidad en esta comunidad cuando expresa en una de sus sentencias que ese órgano, "como garante de la institucionalidad jurídica-administrativa de la integración, tiene la obligación de vigilar los actos ilegítimos o la desviación de las normas, porque el Acuerdo de Cartagena existe como Comunidad supranacional de derecho y el Tribunal está en la obligación de establecer la nulidad que nace de la ilegalidad de un acto, o de la violación del Tratado"⁹⁰⁵.

En la determinación del alcance de esta supranacionalidad, que para el Tribunal de Justicia está indudablemente presente en la Comunidad Andina, este órgano judicial ha entrado en el análisis de las relaciones del derecho comunitario y los derechos internos, dejando establecido que el legislador comunitario, al regular una nueva materia, no podía prever todas las circunstancias y casos que en su aplicación se presentarían. Por esta razón, dice el Tribunal, "no fue su intención desplazar al derecho nacional en la aplicación de ciertas materias que fueron anteriormente reguladas por éste y que a su criterio podrían subsanar los vacíos dejados por la norma comunitaria" y por ello el legislador comunitario puede hacer remisiones al derecho nacional, lo que en algunas ocasiones es expresa". "La remisión tácita y general, que puede darse en ciertos casos", continúa el Tribunal, no debe entenderse en un sentido amplio e ilimitado" sino que "[s]u "amplitud llega hasta tanto la norma comunitaria no haya previsto anticipadamente una situación jurídica o con el silencio se entiende que ciertas instituciones jurídicas no las ha querido regular y en tal forma no existe el vacío legal comunitario sino la intención positiva de suprimir las mismas del ordenamiento comunitario y desplazar el derecho nacional o no permitir que lo regule cuando la norma comunitaria no ha tenido esa intencionalidad o propósito"⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Sentencia TJCA de 27 de marzo de 1995, proceso 5-IP-95, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo IV, p. 117).

⁹⁰⁵ Sentencia TJCA de 27 de marzo de 1995, proceso 5-IP-95, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo IV, p. 118).

⁹⁰⁶ Sentencia TJCA de 30 de agosto de 1996, proceso 8-IP-95, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo IV, p. 335).

De allí que, para el Tribunal, la facultad legislativa comunitaria recaída en ciertos órganos andinos limita a las legislaciones nacionales la posibilidad de regular mediante leyes, resoluciones, decretos, etc., los campos o esferas jurídicas que comprendan y abarquen los actos comunitarios. Según el Tribunal, las legislaciones nacionales "encuentran su barrera "legislativa" en tanto en cuanto la comunitaria ha regulado un determinado aspecto del derecho". En criterio del Tribunal, esta limitación o barrera legislativa para evitar una inadmisible intromisión del legislador nacional en la esfera comunitaria, "encuentra, como se ha visto, su excepción cuando el propio ordenamiento jurídico subregional remite a ella: bien para que las normas nacionales vigentes puedan subsistir en las materias no reguladas por las normas comunitarias y que no la contradigan; o bien para que los gobiernos a través de los respectivos órganos normen o reglamenten las materias que la propia Decisión así lo haya autorizado, sin que se puedan modificar, agregar o suprimir normas sobre los aspectos comunitarios regulados por la Decisión"⁹⁰⁷.

En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia andino, basado en su jurisprudencia sobre el principio de primacía del derecho comunitario según la cual "en caso de conflicto la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que (...) la norma interna resulta inaplicable" y que la claridad de este principio "cuando la ley comunitaria es precisamente norma posterior que debe primar sobre la anterior, de acuerdo con principios universales de derecho", lo que no implica la derogatoria de la una sobre la otra "sino que lleva a la inaplicabilidad de la primera en la medida en que resulte incompatible con las previsiones del derecho comunitario", ha dejado establecido que el desarrollo de la normativa andina por la ley nacional "es excepcional y a él le son aplicables principios tales como el del "complemento indispensable" según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquéllas". Este régimen de excepción, según el Tribunal, "debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica". Esto significa que para que tenga validez la norma interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la comunitaria"⁹⁰⁸.

Lo anteriormente dicho implica, en criterio del Tribunal de Justicia, "que lo remitido a la legislación nacional por voluntad expresa del legislador andino, que en buenas cuentas son los propios países signatarios del Acuerdo, representados en la Comisión por sus plenipotenciarios, supone una voluntad manifiesta de los Países Miembros de que el Régimen Común sobre Propiedad Industrial se fortalezca y complemente mediante legislación nacional, en forma concordante con el espíritu de integración, a través de normas vigentes o por dictarse, que no contradigan ese espíritu

⁹⁰⁷ Sentencia TJCA de 30 de agosto de 1996, proceso 8-IP-95, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo IV, p. 336).

⁹⁰⁸ Sentencia TJCA de 8 de julio de 1996, proceso 22-IP-95, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo IV, pp. 302-303).

sino que estén adheridas a la filosofía comunitaria". "Es valor entendido", en propia palabras del Tribunal, "que esa permisión hacia los países signatarios está inserta en los términos de integración y unidad en torno al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena (...) y que por principio tienen prevalente aplicación sobre la norma nacional"⁹⁰⁹.

2.1. El principio de aplicabilidad directa de las normas comunitarias

La jurisprudencia andina ha desarrollado el principio de la aplicación directa, partiendo de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al expresar que "ha de tenerse en cuenta además que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los Organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino"⁹¹⁰.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dilucidado la duda existente respecto a la discriminación en la aplicación del principio de efecto directo cuando se relaciona con aspectos sustantivos y cuando son procesales. Sobre esto ha dicho el Tribunal andino que "...si por ejemplo se tratase de una solicitud de patente presentada con anterioridad a la vigencia de la norma comunitaria, incurso de conformidad con esta última en una causal de exclusión de la patentabilidad no prevista en la ley preexistente, la autoridad competente estará obligada a negarla en aplicación del derecho comunitario". Así, continúa el Tribunal, "las solicitudes en trámite estarán regidas por el Reglamento, en todo lo concerniente a los aspectos sustantivos". Pero en materia procesal, dice el Tribunal, "cabe señalar la existencia de dos posiciones doctrinarias divergentes", en las que, "una de ellas considera como solución apropiada la aplicación de la norma procesal antigua hasta la finalización del proceso y otra considera la aplicación de nuevas disposiciones desde el instante de su emisión". Para el Tribunal andino, esta "confrontación de opiniones es irrelevante en el caso objeto de esta consulta, ya que la redacción de la norma es clara y evidente" ya que en "el supuesto de las solicitudes en trámite se aplicará el Reglamento"⁹¹¹.

Finaliza el Tribunal andino sobre este aspecto diciendo que "[l]as dudas que puedan surgir en materia de formas y hechos procesales ya ocurridos dentro del proceso corresponde al juez

⁹⁰⁹ Sentencia TJCA de 9 de diciembre de 1994, proceso 6-IP-94, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo IV, p. 23).

⁹¹⁰ Sentencia TJCA de 10 de junio de 1987, proceso 2-N-86, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 90), ratificada en sentencia TJCA, GOAC N° 21 de 26 de octubre de 1989.

⁹¹¹ Sentencia TJCA de 25 de mayo de 1988, proceso 1-IP-88, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, pp. 136-137).

nacional discernirlas dentro de ese contexto. Es decir que en la forma de los actos ya concluidos, el juez deberá observar la aptitud de los mismos para lograr los efectos requeridos en la aplicación del nuevo derecho. En materia de pruebas, deberá analizar soberanamente el juez nacional, si las ya producidas, aún cuando no previstas o contempladas en el derecho comunitario, son suficientes o adecuadas para demostrar los hechos y derechos alegados con la finalidad de obtener la tutela establecida por la norma sustantiva recién estatuida. Es decir, que si el juez nacional constata estos extremos estará en libertad de darle a la prueba producida de conformidad con la norma anterior, la valoración que pueda corresponderle de conformidad con los principios de su derecho nacional"⁹¹².

Sobre el principio de aplicabilidad directa ha dicho el Tribunal que la "sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino". Para decir esto, el Tribunal se apoya en autores europeos como Gil Carlos Rodríguez Iglesias quien define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria "como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que requiera ningún complemento normativo de derecho interno". También el Tribunal andino extrae conceptos y opiniones de Santiago Muñoz Machado, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer y sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como las famosas sentencias *Van Gend & Loos* y *Simmenthal* en las que se sostuvo para el Tribunal andino que la aplicabilidad directa "...significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez; que de esta manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario..."⁹¹³.

Por otro lado, ha aclarado el Tribunal andino que mientras que "el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria". "En otras palabras", dice el Tribunal, "que sus efectos "generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales". Según el Tribunal andino, entre el principio de aplicabilidad directa y del efecto directo "existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene

⁹¹² Sentencia TJCA de 25 de mayo de 1988, proceso 1-IP-88, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 137).

⁹¹³ Sentencia TJCA de 24 de marzo de 1997, proceso 3-AI-96, GOAC No. 261 de 29 de abril de 1997, pp. 10-11.

como efecto inmediato que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales⁹¹⁴.

En otras sentencias, el Tribunal comunitario ha dado alcance al artículo 3 TTA diciendo que el mismo "impone el principio de aplicabilidad directa de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, que tiene como propósito el de aplicar la ley comunitaria en cada País Miembro desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, sin necesidad de la intervención del órgano legislativo o de cualquier otra naturaleza en el orden nacional". "En tal virtud", ha dicho el Tribunal, "publicada la norma comunitaria *ipso facto* se incorpora al ordenamiento jurídico nacional, sin perder, desde luego, su propia individualidad o independencia y característica, de preeminencia ante el derecho interno en caso de contradicción o contraposición entre uno u otro, desplazando, en estos supuestos, el derecho comunitario al nacional, el cual se toma en inaplicable⁹¹⁵.

Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la aplicabilidad directa del derecho comunitario "exime a los jueces nacionales del examen o del análisis de si está vigente o no una norma comunitaria que ha sido ya publicada conforme al procedimiento comunitario". "Ellos y cualquier otra autoridad", ha dicho el Tribunal, "tienen la obligación de aplicar en sus actos judiciales o administrativos, el derecho comunitario, sin que puedan resistirse a esa aplicación aun a pretexto de que exista una norma nacional anterior o posterior contraria a la comunitaria". La aplicabilidad directa es una obligación que nace por sí misma y sin requerimiento o de aclaración de ninguna especie" ha concluido el órgano judicial andino⁹¹⁶.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha puesto de manifiesto cómo el principio de aplicabilidad directa "supone que la norma comunitaria pasa a formar parte de pleno derecho del ordenamiento interno, "sin necesidad de ninguna fórmula especial de introducción o de recepción, que se impone en cuanto tal derecho comunitario y que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla" tal como lo expresa Ruiz-Jarabo. Para el Tribunal andino, el efecto que tiene este principio, "intrínseco al Derecho Comunitario, de la aplicabilidad directa, obliga a los jueces nacionales y a cualquier otra autoridad a aplicar en sus actos judiciales o administrativos el derecho comunitario involucrado en la materia respectiva, sin que aquellos puedan resistirse a esa aplicación, so pretexto

⁹¹⁴ Sentencia TJCA de 24 de marzo de 1997, proceso 3-AI-96, GOAC No. 261 de 29 de abril de 1997, p. 11.

⁹¹⁵ Sentencia TJCA de 3 de marzo de 1997, proceso 8-IP-96, GOAC No. 261 de 29 de abril de 1997, p. 25.

⁹¹⁶ Sentencia TJCA de 3 de marzo de 1997, proceso 8-IP-96, GOAC No. 261, de 29 de abril de 1997, pp. 25-26.

de que exista una norma nacional anterior o posterior contraria a la comunitaria". "La aplicabilidad directa es una obligación", concluye el Tribunal, "que nace por sí misma y sin requerimiento o declaración de ninguna especie"⁹¹⁷.

Concluye el Tribunal de Justicia andino en esta sentencia diciendo sobre este principio de aplicabilidad directa del derecho comunitario que el ordenamiento jurídico comunitario andino "prevalece sobre el derecho interno de los Países Miembros, no requiriendo de norma interna alguna para entrar en vigencia en el territorio de los Países Miembros de la Comunidad y pasa a formar parte del ordenamiento jurídico que en ellos se aplica, por lo que resulta innecesario, impertinente y contraproducente cualquier actuación de Derecho interno de índole legislativa, ejecutiva (...) o judicial, que se interponga entre la norma comunitaria y la norma nacional"⁹¹⁸.

Para el Tribunal de Justicia andino, "los Países Miembros no tienen facultad para dictar normas de ninguna especie que se concreten "a la incorporación, transposición o desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio", citando para decir esto al autor español Santiago Muñoz Machado. "Las legislaciones nacionales", dice el Tribunal, "ni ningún órgano interno de los Países Miembros, ante la presencia de una norma comunitaria, pueden interferir su curso, a pretexto de que requieren el trámite o procedimiento de aprobación de leyes o de tratados internacionales". "En consecuencia", continúa el Tribunal, "desde este punto de vista, el principio de aplicabilidad directa desplaza a los órganos legislativos internos de la competencia que tienen para dictar leyes comunitarias o aprobarlos los de orden internacional"⁹¹⁹.

En palabras del propio Tribunal de Justicia, citando a Guy Isaac, los efectos de la aplicabilidad directa se pueden resumir en los siguientes términos:

- a) "La aplicabilidad directa implica, en principio, un efecto positivo a favor de los particulares, a saber: la posibilidad de salvaguardar sus derechos ante los jueces de los estados miembros. Ya en el plano concreto, la aplicabilidad directa consagra el derecho de los individuos a intervenir ante los jueces nacionales para asegurar el respeto que la norma comunitaria ha consagrado para ellos. Las jurisdicciones internas contraen el deber en obligación de salvaguardar los derechos individuales que el derecho comunitario ha estatuido en una norma"⁹²⁰.

⁹¹⁷ Sentencia TJCA de 16 de junio de 1999, proceso 30-IP-98, GOAC No. 475, p. 6.

⁹¹⁸ Sentencia TJCA de 16 de junio de 1999, proceso 30-IP-98, GOAC No. 475, p. 6.

⁹¹⁹ Sentencia TJCA de 11 de diciembre de 1996, proceso 3-IP-96, GOAC No. 257, pp. 56-57.

⁹²⁰ Sentencia TJCA de 11 de diciembre de 1996, proceso 3-IP-97, GOAC No. 257, p. 57.

- b) "La aplicabilidad directa implica además un efecto de sanción respecto a los estados miembros que no han tomado las medidas de ejecución requerida para la aplicación del Derecho Comunitario"⁹²¹.

Como puede verse, ha sido importante en la determinación del alcance del principio de aplicabilidad directa la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ya que, si bien se trata de un principio que está claramente definido en el Tratado de creación del Tribunal, ha sido necesario que el órgano judicial comunitario haga ciertas precisiones a través de la doctrina europea y establezca los límites y características de este principio rector, para lo cual ha utilizado en gran medida tanto la jurisprudencia como la doctrina generada en Europa a raíz del proceso de integración en el viejo continente.

Sin embargo, vamos a ver que en donde el Tribunal de Justicia ha hecho una labor decisiva en el establecimiento de la supranacionalidad andina ha sido respecto al principio de primacía del derecho comunitario ya que, al no estar expresamente establecido como tal en los tratados constitutivos, ha tenido que hacer el Tribunal de Justicia una labor pretoriana para dejar clara su presencia y determinar sus características, en lo que ha estado muy relacionado con el principio de aplicabilidad por ser ambos definitivamente complementarios.

2.2. El principio de primacía del derecho comunitario

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha considerado aplicable al proceso de integración del cual es órgano principal el principio de primacía del derecho comunitario, importándolo de las Comunidades Europeas e interpretando el artículo 4 TTA. Así, el Tribunal andino precisó que "el ordenamiento jurídico de la Integración Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista"⁹²².

Ha dicho el Tribunal de Justicia andino que "se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista". Según el Tribunal andino, así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena "cuando declaró la "validez plena" de los siguientes conceptos: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo

⁹²¹ Sentencia TJCA, proceso 3-IP-96, de 11 de diciembre de 1996, GOAC No. 257, p. 57.

⁹²² Sentencia TJCA, proceso 1-IP-87, GOAC N° 28 de 15 de febrero de 1988.

prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros, c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva⁹²³.

Para el Tribunal de Justicia andino, en cuanto al "efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad". En criterio del Tribunal, "la norma interna resulta inaplicable en beneficio de la norma comunitaria"⁹²⁴, para lo cual se apoya en la jurisprudencia comunitaria europea, específicamente las sentencias Costa-ENEL de 15 de junio de 1964 y Simmenthal de 19 de marzo de 1978 y afirma el órgano judicial comunitario que "la preeminencia absoluta del derecho comunitario sobre el interno, tesis que resulta ser también aplicable en el ordenamiento jurídico de la integración andina"⁹²⁵.

Según el Tribunal, este "efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior, que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho, es precisamente la norma comunitaria". "No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente", continúa el Tribunal andino, "al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables". "Se trata más propiamente", dice el Tribunal, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay –se ha dicho- una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen en inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario ("*preemption*"). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modifique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él"⁹²⁶.

⁹²³ Sentencia TJCA, proceso 1-IP-87, de 3 de diciembre de 1987, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 101-102).

⁹²⁴ Sentencia TJCA, proceso 2-IP-88, de 25 de mayo de 1988, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, pp. 140-141).

⁹²⁵ PICO MANTILLA, *Jurisprudencia...*, p. 36.

⁹²⁶ Sentencia TJCA, proceso 2-IP-88, de 25 de mayo de 1988, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, pp. 141-142).

"La derogación propiamente dicha de una norma interna", ha dicho el Tribunal andino, "por ser contraria a una comunitaria, puede resultar indispensable para efectos prácticos en determinados casos. Pero como tal derogación habría de ser decidida por el derecho interno y no ser por el comunitario, el derecho integracionista, en principio, se contenta con la aplicación preferente. Su efecto inmediato y directo no sería compatible con la condición de que las normas nacionales contrarias sean expresamente derogadas por el legislador nacional, ya que ello dependerá de éste y no de la comunidad. La norma comunitaria, cuando se hace necesario, adopta precisiones que definen su aplicabilidad"⁹²⁷.

Así, tomando en consideración la sentencia Simmenthal, el Tribunal de Justicia andino ha dicho que "todo juez nacional que tenga que decidir en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la Ley nacional, sea ésta anterior o posterior a la regla comunitaria"⁹²⁸.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha considerado que el derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los países miembros. Ha dicho este tribunal que en los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, "según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario". Según el Tribunal, la comunidad organizada invade u ocupa el terreno legislativo nacional por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno. El legislador nacional, ha considerado el tribunal comunitario andino, "queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común"⁹²⁹.

Otra sentencia del Tribunal de Justicia andino ha dicho, citando la decisión anterior, que en la aplicación de este principio fundamental debe tenerse en cuenta que "se trata de la conformación de dos ordenamientos jurídicos esencialmente distintos, el nacional y el comunitario, de suerte que no puede hablarse con propiedad de un simple conflicto de normas puesto que se trata, más

⁹²⁷ Sentencia TJCA, proceso 2-IP-88, de 25 de mayo de 1988, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo I, p. 142).

⁹²⁸ Sentencia TJCA, proceso N° 2-IP-88, de 25 de mayo de 1988, GOAC N° 33 de 26 de julio de 1988.

⁹²⁹ Sentencia TJCA, proceso N° 2-IP-88, de 25 de mayo de 1988, GOAC N° 33 de 26 de julio de 1988.

precisamente, de un conflicto entre distintas fuentes normativas". Agrega esta sentencia que "el derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan solo hace que sean inaplicables las que le resulten contrarias". "Ello no obsta, por supuesto", continúa el Tribunal, "para que dentro del ordenamiento interno se considere inconstitucional o inexecutable toda norma que sea incompatible con el derecho común, máxime cuando éste encuentra inequívoco apoyo en la Constitución Política del Estado Miembro (sic) de que se trate"⁹³⁰.

Igualmente, el Tribunal de Justicia andino ha expresado que debe tenerse en cuenta, sin embargo, que todo proceso de integración es, por su propia naturaleza, gradual y progresivo, y que por consiguiente el efecto de desplazamiento del derecho interno por el comunitario suele producirse por etapas, al ritmo del avance de las regulaciones comunes". Para el Tribunal, resulta excepcional, en efecto, "que el derecho de la integración logre cubrir desde un principio, a través de regulaciones propias, la totalidad de las materias reservadas a la comunidad. Menos aún si se trata de asuntos vastos y complejos (...), por lo cual resulta lógico que muchos de sus variados aspectos, aunque en principio deban ser objeto de una regulación común, continúen siendo de competencia del legislador nacional por tiempo indefinido, hasta que sean efectivamente cubiertos por la normatividad comunitaria". "En otros términos", finaliza el Tribunal, "para que el legislador nacional se vea desplazado, no basta que la comunidad se haya reservado el tratamiento normativo de un tema, en principio, ya que dicho desplazamiento sólo se produce cuando el legislador comunitario ocupa efectivamente ese terreno con normas obligatorias para la Subregión"⁹³¹.

En otra sentencia el Tribunal ha dejado sentado que las medidas de simple ejecución que en casos concretos pudiera adoptar un país miembro, tampoco pueden servir de excusa válida para alterar el efecto directo y uniforme propio de tales regulaciones. La entrada en vigor de éstas, por tanto, "ha de determinar automáticamente la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario a sus determinaciones o que, de alguna manera, las desnaturalice y ello en virtud de la primacía que tiene la norma comunitaria". La posible colisión de normas, en consecuencia, ha de resolverse "sin vacilaciones ni reticencias en favor del derecho de la integración"⁹³².

Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de conformidad con Pescatore como el mismo órgano judicial lo expresa, la norma comunitaria postula una "exigencia existencial de primacía" cuando pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en los países que integran

⁹³⁰ Sentencia TJCA, proceso N° 2-IP-90, GOAC N° 69 de 11 de octubre de 1990.

⁹³¹ Sentencia TJCA, proceso 2-IP-90, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo II, p. 99).

⁹³² Sentencia TJCA, proceso N° 5-IP-89, GOAC N° 50 de 17 de noviembre de 1989.

la Comunidad, sin perder, acota el Tribunal, esa característica existencial de primacía ni las de aplicabilidad directa y efecto directo que la acompañan⁸³³.

En otro caso, el Tribunal de Justicia andino dice que en el caso del artículo 84 de la Decisión 85, éste suscita el problema de las lagunas de la ley comunitaria o de la norma de clausura cuando ésta remite a la legislación interna para llenar vacíos que se presenten en aquélla pues es imposible que la normativa andina haya previsto todos los casos susceptibles de regulación jurídica. Entonces se pregunta el Tribunal cómo solucionar el dilema que se presenta al intérprete cuando el ordenamiento jurídico comunitario no contempla una norma para aplicar en cierto caso. "La solución", según el órgano judicial andino, "deberá tener la finalidad perseguida por el sistema comunitario en el sentido de dar aplicación uniforme al régimen común de propiedad industrial", que el área específica del caso en concreto. "Para lograr este objetivo", continúa el Tribunal, "será necesario cuidar de que el ordenamiento jurídico interno que pretenda desarrollar el régimen común no introduzca incoherencias que rompan la unidad en la esencia del sistema comunitario o adopte reglas incompatibles con el mismo. En presencia de ellas deberá acudirse a la regla de la preeminencia del derecho comunitario sobre el derecho nacional del País Miembro, según la cual la legislación andina deberá aplicarse preferencialmente en beneficio del propósito fundamental de lograr regímenes uniformes en áreas comunes de interés subregional"⁸³⁴.

Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el principio de la prevalencia de la norma comunitaria, en virtud del cual "toma en inaplicable la norma interna en tanto cuanto colisione o modifique el texto del derecho de la integración", está establecido en el ahora artículo 4 TTA cuando dice que "Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" y que "[s]e comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación"⁸³⁵.

Si bien no consideramos que el artículo 4 TTA contiene de manera clara y explícita el principio de la primacía del derecho comunitario ya que para nosotros lo que está previsto en el mismo es el principio de seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario en los Estados miembros, como complementario del anterior, sin embargo no negamos que de la redacción de este artículo se pueda deducir indirectamente la presencia en el derecho andino del principio de primacía,

⁸³³ Sentencia TJCA, proceso 30-IP-98, de 16 de junio de 1999, GOAC No. 475 de 1 de septiembre de 1999, p. 5.

⁸³⁴ Sentencia TJCA, proceso 12-IP-95, de 18 de septiembre de 1995, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo IV, p. 183).

⁸³⁵ Sentencia TJCA, proceso 5-IP-95, de 27 de marzo de 1995, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo IV, p. 118).

el cual en nuestro criterio se puede también obtener del contexto general del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Creación del Tribunal al tener previstos los principios rectores de aplicación directa y el aludido de seguridad jurídica como hemos dicho, los cuales no se pueden concebir sino junto con el de primacía ya que, de lo contrario, fallaría el entramado comunitario. Es difícil pensar en la ausencia del principio de primacía del derecho comunitario y la presencia de los otros dos al estar este principio tan compenetrado con aquéllos y siendo que todos se complementan entre sí.

2.3. El principio de seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario en los Estados miembros

Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dos principios fundamentales del derecho comunitario están llamados a ser tutelados por el actual artículo 4 TTA: la aplicación directa y la preeminencia del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Tales características del ordenamiento jurídico comunitario, según el Tribunal andino, "se cumplen en su integridad y se materializan cuando el artículo 5 del Tratado [ahora artículo 4 TTA] impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación"⁹³⁶.

Esto último ha pasado a constituir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia andino que ha dicho que el sentido corriente de los términos del citado artículo 4 TTA dentro del contexto del Tratado que crea el Tribunal lleva a la precisa conclusión de que los países miembros tienen una doble obligación. La primera de carácter positivo, "de hacer"; y la segunda, de orden negativo, de "no hacer". Por la primera, los países miembros tienen que adoptar toda clase de medidas, sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden, llámense reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias, que garanticen el cumplimiento de la normativa andina, es decir, de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud de los Tratados y de las que les corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas del mismo ordenamiento. El mismo tribunal ha dicho que en el caso de que no se tenga claro el alcance y valor de los principios de aplicación directa y preeminencia de la norma comunitaria, la obligación de cada país se extendería incluso a derogar expresamente las normas de su ordenamiento jurídico interno⁹³⁷.

⁹³⁶ Sentencia TJCA, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de fecha 25 de marzo de 1994.

⁹³⁷ Sentencia TJCA, proceso 5-IP-89, GOAC N° 50 de 17 de noviembre de 1989.

Según el tribunal comunitario andino, la obligación que implica el artículo 4 TTA tiene su fundamento precisamente en el objeto y fin del Acuerdo de Cartagena, en suma, de la integración a la que están comprometidos los países andinos, cuyos objetivos se resumen en el artículo 1 AC y constituye el fundamental soporte para la integración andina, es decir, que su cumplimiento es requisito esencial para asegurar la realización de los objetivos del Acuerdo y de su fin primordial de mejorar en forma persistente el nivel de vida de los habitantes de la subregión⁹³⁸.

Por otra parte, en virtud de una de las obligaciones establecidas en el actual artículo 4 del Tratado del Tribunal, el órgano judicial andino ha dicho que el país miembro tiene que abstenerse de toda medida que, con cualquier nombre o forma que se pretenda adoptar, pueda obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino, abstención imperativa inherente al cumplimiento de lo pactado y como soporte básico para el desarrollo del proceso de la integración. Por esta segunda parte del compromiso, los países miembros no pueden aprobar leyes o dictar reglamentos o expedir normas administrativas que, aunque no sean abiertamente contrarias al citado ordenamiento, obstaculicen, en la práctica, la aplicación del mismo, que es lo que busca el principio que estamos comentando ya que no basta que exista la aplicación directa de las normas comunitarias y que las mismas se apliquen con primacía sobre el derecho interno, que es la garantía mínima que debe haber en el derecho comunitario, sino que también hace falta complementando a los principios anteriores que en un sistema comunitario los Estados creen una situación jurídica favorable para la aplicación del derecho comunitario eliminando los actos que puedan crear confusión o inseguridad y absteniéndose de conductas que puedan crear tal resultado⁹³⁹.

2.4. La responsabilidad de los Estados miembros

Respecto a la responsabilidad de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dejado sentado que así como en el orden interno la responsabilidad del Estado deriva de su régimen constitucional, en el orden andino dicha responsabilidad se sustenta además en el compromiso que adquiere cada Estado en virtud del artículo 4 TTA⁹⁴⁰. La obligación de cumplimiento se debe tanto a los Estados partes como a los ciudadanos y a las personas jurídicas de dichos Estados, puesto que el ordenamiento jurídico andino se incorpora también al derecho interno⁹⁴¹.

⁹³⁸ Sentencia TJCA, proceso 5-IP-89, GOAC N° 50 de 17 de noviembre de 1989.

⁹³⁹ Sentencia TJCA, proceso 5-IP-89, GOAC N° 50 de 17 de noviembre de 1989.

⁹⁴⁰ Sentencia TJCA, proceso 3-AI-97, de 8 de diciembre de 1998, GOAC No. 410 de 24 de febrero de 1999, p. 28.

⁹⁴¹ Sentencia TJCA, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de 25 de marzo de 1994.

Para el Tribunal de Justicia, del artículo 4 TTA se desprende la responsabilidad estatal frente al individuo por actos de la Administración que deriven en incumplimiento de la norma andina. Pero no basta la falta de la Administración, en criterio del Tribunal, sino que para el caso individual se requiere probar el daño ocasionado contra el sujeto de derecho o contra el bien jurídico protegido, pues el artículo 31 TTA exige para la legitimación activa de esta acción, la condición de resultar afectados los derechos del administrado⁹⁴².

Ha dicho el tribunal andino que no se puede predicar la omisión generadora de responsabilidad cuando el funcionario competente requiere de solicitud de parte para actuar en ejercicio de sus funciones y en todo caso mientras ellas no se hayan complementado en tiempo razonable. No le es dable al juez andino medir estas circunstancias sino que corresponde al juez nacional establecer dentro de la normativa interna si se dan las causales de incumplimiento generadoras de responsabilidad del Estado ante el individuo⁹⁴³.

Por último, el Tribunal agrega que será necesario que la actuación de la Administración o la ausencia de ella sea causa eficiente del daño ocasionado. Así lo determina el artículo 31 TTA, en criterio del Tribunal, al exigir que la afectación del derecho sea consecuencia del incumplimiento alegado⁹⁴⁴.

Como vemos, para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina los requisitos para la procedencia de la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del derecho andino no distan nada de los exigidos en la responsabilidad extracontractual civil y no analiza otros aspectos que pueden existir en un sistema comunitario como el margen de apreciación que puede tener el Estado en la ejecución de la norma supranacional. Esto en la Comunidad Andina es más sencillo porque no existen las directivas comunitarias, lo que es importante porque cuando los Estados no pueden modificar ningún aspecto de los mandatos de los órganos comunitarios, se cumple el requisito de la violación suficientemente caracterizada establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya que la norma comunitaria es clara, precisa y determinada. Cuando el Estado tiene un margen de apreciación que le permita ejecutar la norma comunitaria en las condiciones y características que considere pertinentes en su ámbito nacional, el particular deberá probar una situación, un daño y un nexo causal que por su indeterminación le impedirá exigir la responsabilidad estatal por incumplimiento del derecho comunitario como se ha establecido en Europa.

⁹⁴² Sentencia TJCA, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de 25 de marzo de 1994.

⁹⁴³ Sentencia TJCA, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de 25 de marzo de 1994.

⁹⁴⁴ Sentencia TJCA, proceso 6-IP-93, GOAC N° 150 de 25 de marzo de 1994.

Dentro de estas ideas que involucran al artículo 31 TTA, el órgano jurisdiccional andino ha expresado que la forma y procedimiento para exigir el cumplimiento de las obligaciones que adquieran los Estados miembros "en virtud de los compromisos de protección de la integridad jurídica del Acuerdo de Cartagena, que contempla el artículo 5º. del Tratado del Tribunal [hoy art. 4 TTA], está consagrada en el artículo 27 [hoy art. 31 TTA] del mismo ordenamiento que otorga garantías incluso procesales a los individuos, al asignar a los tribunales nacionales competencia, de acuerdo con las prescripciones de derecho interno, para conocer las causas que les presenten las personas naturales y jurídicas de cada país, que resulten afectadas por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por cada Estado ⁹⁴⁵.

Continúa el Tribunal diciendo en este punto que la acción prevista en el artículo 31 TTA adquiere connotación especial con el desarrollo que de la misma hace el artículo 80 ETJA "al aclarar la *causa petendi* de los procesos judiciales internos, consistente en que se dé cumplimiento a las disposiciones del artículo [4]. del Tratado". "Con ello", dice el Tribunal, "se está otorgando al particular la posibilidad de exigir el cumplimiento del derecho que llegare a establecerse como violado por el Estado parte, de conformidad con las normas procedimentales del derecho interno y por los tribunales nacionales competentes de cada país"⁹⁴⁶ y con ello la responsabilidad del Estado frente a los particulares.

3. La supranacionalidad andina y las Constituciones de los Estados miembros

Hemos visto que la Comunidad Andina tiene prevista, tanto en los tratados constitutivos como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la aplicación de los principios rectores del derecho comunitario, que rigen la relación de éste en los ordenamientos jurídicos nacionales. Tanto la aplicabilidad directa de las normas comunitarias como la primacía de las mismas, así como el principio de la seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario en los derechos nacionales y el de la responsabilidad de los Estados miembros frente a sus ciudadanos por el incumplimiento de las obligaciones comunitarias, tienen cabida perfectamente en la integración andina, lo cual demuestra la supranacionalidad existente en este proceso.

Sin embargo, la aplicabilidad práctica de estos principios ha tenido serios problemas en algunos países miembros de la Comunidad Andina. Ello no por razones jurídicas imputables al sistema comunitario andino sino porque algunas constituciones de los Estados participantes en el

⁹⁴⁵ Sentencia TJCA, proceso 6-IP-93, de 25 de febrero de 1994, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 100).

⁹⁴⁶ Sentencia TJCA, proceso 6-IP-93, de 25 de febrero de 1994, (véase *Jurisprudencia del...*, Tomo III, p. 101).

proceso no tienen prevista en forma clara y expresa la posibilidad de que puedan atribuir el ejercicio de ciertas competencias a organizaciones externas o porque, teniéndola, las autoridades nacionales y hasta los propios ciudadanos no han terminado de aceptar la supranacionalidad como figura que rija ciertas relaciones internacionales.

De carácter *sui generis*.

Por esta razón, ha sido difícil la fluidez en la aplicación del derecho comunitario y el reconocimiento interno en cada país de que las normas emanadas de la Comisión, de la Junta y ahora de la Secretaría General se apliquen directamente en los Estados miembros en forma inmediata, sin la previa transformación o recepción por parte de los Congresos nacionales a la que estaban acostumbrados según el derecho internacional clásico, figura por lo demás prevista en la Constitución de la mayoría de los países al más puro estilo dualista tradicional; o que el derecho comunitario se aplique con preferencia al derecho nacional en los casos de conflicto entre ambos. Inclusive, algunos poderes ejecutivos y legislativos nacionales no han eliminado ciertos obstáculos que perjudican la seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario en los derechos internos, ni se ha logrado que los jueces, salvo una minoría, soliciten la interpretación prejudicial obligatoria al Tribunal de Justicia andino en los casos en que es pertinente ya que no sienten que este tribunal deba interpretar por ellos el derecho comunitario, si es que lo aplican lo que muchas veces no ocurre, para lograr la uniformidad deseada para su aplicación en los Estados miembros.

Afortunadamente, no en todos los países ello ha ocurrido de esta manera. En algunos, como es el caso de Colombia, ha habido una positiva disposición al cumplimiento del derecho comunitario y se ha creado toda una generación de estudiosos de esta rama del derecho que creen en él, hasta el punto de que han dado lugar a corrientes de opinión para reformar su Constitución y así adaptarla a la realidad de la supranacionalidad existente en la Comunidad Andina. Algo similar ha sucedido recientemente en Venezuela en donde se adaptó la Carta Fundamental a la realidad supranacional. Sin embargo, pese a esta buena disposición, siguen existiendo problemas serios para la aplicación de las normas comunitarias andinas porque muchos de ellos derivan más por motivos extrajurídicos que por razones que tengan que ver directamente con el sistema jurídico que creó el Acuerdo de Cartagena.

Al contrario de lo que ha pasado en Europa, en América Latina, concretamente en lo que se refiere al Acuerdo de Cartagena, el proceso de integración no ha sido precedido de la respectiva adaptación constitucional en cada uno de los países miembros para que de una manera sólida y fluida se pueda afrontar el proceso de integración andino. Un reconocido autor venezolano ha dicho que "la transferencia de competencias de los órganos constitucionales internos a los órganos comunitarios supranacionales, como exigencia de un proceso de integración, no tiene respaldo

decisivo en el derecho constitucional interno de los países⁹⁴⁷. Pese a esta opinión tan respetable, no consideramos que la situación constitucional de los países miembros del Acuerdo de Cartagena sea tan grave en todos los casos y para ello damos el ejemplo de Colombia nuevamente y a partir de 1999 el de Venezuela, los que luego estudiaremos detenidamente.

Pero lo que sí es cierto es que en algunos países es recomendable una previsión constitucional a este respecto, aunque ya exista una vía para hacerlo en la misma Ley Fundamental, como en el caso de Ecuador. En otros definitivamente no hay dudas de que hay que reformar la Constitución para que no se entrase el proceso de integración porque no se tiene prevista la posibilidad de que puedan incorporarse estos países a una experiencia supranacional, como son los casos de Bolivia y Perú.

3.1. La situación constitucional de Venezuela

En la Constitución de 1961, que estuvo vigente hasta enero de 2000, en Venezuela no había una disposición expresa que permitiera a los órganos del Poder Público, en forma clara e indubitable, la posibilidad de atribuir el ejercicio de ciertas competencias nacionales a favor de organizaciones supranacionales. Sin embargo, esta Constitución tenía una actitud favorecedora de la figura de la integración, utilizando inclusive este último término en forma expresa, lo que, en nuestro criterio, significaba mucho. En efecto, decía este artículo constitucional lo siguiente:

"Artículo 108. La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes."

Para Allan Brewer-Carías, ninguno de los Estados signatarios del Acuerdo de Cartagena de 1969 (Bolivia, Colombia, Chile -ya retirado-, Ecuador y Perú) habían resuelto las exigencias de la integración en sus Constituciones, pero en el caso concreto de Venezuela, país que se incorporó al Pacto Andino en 1973, su Constitución lo que tenía era una cláusula programática respecto de la integración latinoamericana, que para él resultaba insuficiente para afrontar un proceso de este tipo y que al contrario, era una seria limitación a la posibilidad de este país de incorporarse a un proceso de integración supranacional⁹⁴⁸.

Sin embargo, a pesar de estas dudas constitucionales, observa Brewer-Carías que el Acuerdo de Cartagena fue aprobado en todos los países, con excepción de Chile, mediante leyes

⁹⁴⁷ BREWER-CARIAS, Allan R., *El derecho comunitario europeo: experiencias para el proceso de integración andino*, Conferencia pronunciada en la Tercera Conferencia Mundial de la Asociación de Estudios de la Comunidad Europea (ECSA), realizada en Bruselas los días 19 y 20 de septiembre de 1996 (consultada en original).

⁹⁴⁸ BREWER-CARIAS, *ob. cit.*, p. 14.

aprobatorias o actos ejecutivos con igual valor que las leyes. En Chile, sin embargo, como destaca este autor venezolano, "el camino fácil de incorporación del Acuerdo al derecho interno por la sola ratificación ejecutiva, dado el supuesto carácter derivativo del Tratado de Montevideo de la ALALC, provocó que en 1974, también por Decreto ejecutivo, Chile se separara definitivamente del Grupo Andino"⁹⁴⁹.

El artículo 108 de la Constitución venezolana constituía lo que se llama en la doctrina una norma programática, pero, en nuestro criterio, ello en nada obstaculizaba la incorporación de Venezuela al proceso de integración andino porque que aquél sea una norma programática no significa que no sea obligatoria y que no pueda servir de directriz. Por la vía de considerar una norma programática como no obligatoria, se dejarían de cumplir una gran cantidad de deseos del constituyente y muchos derechos y obligaciones de los ciudadanos quedarían en suspenso porque ellos no habrían recibido todavía el desarrollo legislativo que ordena la Constitución.

Este criterio de considerar a una norma programática como igualmente obligatoria ya lo había aplicado la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela en varias decisiones en las que expresó que pese a estar la materia discutida en el juicio regulada por normas constitucionales programáticas, ello no debía significar su inaplicación en situaciones jurídicas concretas o la no existencia de tales derechos, como fue en el caso de la posibilidad de amparo constitucional, prevista en la Carta Magna venezolana desde 1961, pero que hasta 1987 no fue regulada en una ley como lo ordenaba la Constitución, lo que para algunos significaba un derecho de los ciudadanos no ejercitable en la práctica. Sin embargo, el antiguo máximo tribunal venezolano, si bien en un primer momento consideró improcedente tales solicitudes de amparo constitucional, luego se dio cuenta del error y decidió darle plenos efectos a la norma programática que lo establecía, con lo cual creó toda una doctrina judicial a través de su jurisprudencia según la cual las normas programáticas no necesariamente son inaplicables en la práctica y de esta manera los ciudadanos no se ven perjudicados en sus derechos y así pudieran ejercerlos. Es bueno destacar que esta doctrina judicial fue tan valiosa y bien elaborada que cuando finalmente se dictó la Ley Orgánica de Amparo de Derechos y Garantías Constitucionales en 1988, muchos consideraron que aquella doctrina superaba en claridad y calidad a la antedicha ley y de hecho ésta se nutrió en varios aspectos de aquélla.

Un reconocido autor colombiano, Luis Carlos SÁCHICA, parece pronunciarse a favor de la aplicación de las normas programáticas cuando dice que los términos de la Constitución venezolana "no indican inclinación al fortalecimiento del movimiento integrador pero en un criterio finalista incluyen, sin duda, potestades bastantes para poner en acto la integración, puesto que toda

⁹⁴⁹ BREWER-CARIAS, *ob. cit.*, p. 14.

disposición constitucional debe ser cumplida y tener efecto, así no tenga una redacción técnicamente preceptiva, mientras ella misma no condicione o aplaze su ejecución⁹⁵⁰.

En este punto es importante sacar a relucir las alegaciones del profesor José Guillermo Andueza en su escrito de impugnación de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, presentado en la Corte Suprema de Justicia venezolana, en una de las cuales expresaba que la citada norma de la Constitución -el artículo 108- podía considerarse como programática, contenía un mandato que era obligatorio para el Presidente de la República como máximo responsable de las relaciones exteriores del país, y para el Congreso como máximo responsable de la adopción de medidas legislativas que faciliten al Ejecutivo Nacional el cumplimiento del propósito constitucional.

Destaca el profesor Andueza en su escrito de impugnación que los opositores al proceso de integración económica latinoamericana han sostenido, para invalidar el citado mandato constitucional, que el artículo 108 contenía una norma programática y por lo tanto, no era obligatoria. Del carácter no preceptivo de esta norma se quiere deducir, en opinión de Andueza, una consecuencia jurídica que no tiene y se dice que como el artículo 108 era una norma programática, ella no obligaba al Congreso ni al Presidente de la República. En su criterio, ese concepto es totalmente erróneo porque de una norma programática no se pueden derivar derechos u obligaciones, potestades o deberes para los ciudadanos o para las autoridades, mientras no se dicte la legislación complementaria. Pero las normas programáticas contienen directrices de acción de las que no se puede, en el futuro, apartarse el legislador y que, de por sí, ya no podrán violarse por la autoridad administrativa en el ejercicio de un poder discrecional, para lo que cita a Biscaretti di Ruffia⁹⁵¹.

Afortunadamente, antes de entrar en vigencia la Constitución de 1999, la posición dominante en Venezuela parecía ser la de aceptar que las normas programáticas eran obligatorias y que constitucionalmente era posible que Venezuela se incorporara a un proceso de integración supranacional de acuerdo con el antiguo artículo 108 de la Constitución. No obstante, era innegable que la disposición constitucional referida hubiera podido ser más clara y contundente para que no hubiera lugar a ninguna duda ni discusión que pudiera enturbiar la participación de Venezuela en la integración andina en la práctica y que era recomendable un reforzamiento en tal sentido. Por ello se

⁹⁵⁰ SACHICA, Luis Carlos, "Derecho comunitario andino y derecho constitucional", *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Editorial Dickinson, Madrid, 1992, p. 888.

⁹⁵¹ ANDUEZA, José Guillermo, escrito presentado ante la Corte Suprema de Justicia de Venezuela el 21 de julio de 1982, a través del cual solicita la nulidad del parágrafo primero del artículo único de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, por ser violatorio del artículo 128 de la Constitución y de los ordinales 1º y 5º del artículo 190 del mismo Texto Fundamental (consultado en original). Lamentablemente, como ya vimos, este recurso fue declarado sin lugar, en una apretada votación de la Corte en Pleno (ocho a favor y siete en contra).

incorporaron a los proyectos de reforma de la Constitución venezolana que se elaboraron a principios de los noventa a raíz de una profunda crisis política en Venezuela, propuestas de un artículo que estableciera sin lugar a dudas la posibilidad de la atribución del ejercicio de competencias nacionales a favor de organismos supranacionales, pensándose básicamente en la Comunidad Andina.

Así, surgió en 1992 la propuesta de incorporar a la reforma de la Constitución una norma que se refería a la integración, cuyo texto era el siguiente:

"En los Tratados que tengan por objeto promover o consolidar este proceso podrá convenirse en atribuir a los organismos e instituciones de integración, el ejercicio de determinadas competencias que esta Constitución haya conferido a los poderes del Estado. Las decisiones de estos organismos o instituciones tendrán efectos directos para la población en la medida en que lo establezca el Tratado." (citada por BREWER-CARIAS, Allan R., *Debate Constituyente*, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 177).

Lamentablemente este proceso de reforma constitucional se paralizó, y así, una vez superados los importantes problemas políticos por los que pasó Venezuela, se olvidó el tema y hasta 1999 no se había concretado nada nuevo en materia de integración regional en la Constitución venezolana. Por eso, el Ejecutivo Nacional echó mano de la Constitución de 1961, concretamente del artículo 108, para afrontar el proceso de integración andina, tal como lo tuvieron que hacer los gobernantes que les correspondió asumir el reto de incorporarse en 1973 a un proceso de esta magnitud⁹⁵².

Para el período constitucional 1999-2004 fue electo como Presidente de la República el señor Hugo Chávez Frías, quien impulsó un proceso constituyente para dictar una nueva Constitución. Si bien el anteproyecto de Constitución presentado por el propio Presidente ante la Asamblea Constituyente tampoco preveía la posibilidad de atribuir el ejercicio de competencias a organizaciones internacionales⁹⁵³ para llevar adelante procesos de integración supranacional, la

⁹⁵² Casualmente, el Presidente de la República venezolano que le correspondió asumir la responsabilidad de incorporar a Venezuela al Acuerdo de Cartagena, Don Rafael Caldera, fue el mismo al que luego le correspondió en su segundo período constitucional como Presidente (1994-1999) enfrentar internamente las modificaciones más importantes que ha sufrido el derecho originario andino (Protocolo de Trujillo, Protocolo de Cochabamba, Protocolo de Sucre) y participar en la reactivación de este proceso a partir de 1995, para lo cual hizo uso de los mismos argumentos que utilizó en su primer período constitucional (1969-1973) para integrar a Venezuela al Pacto Andino. Uno de sus principales colaboradores en toda esta tarea fue justamente el profesor José Guillermo Andueza, quien, en ambos períodos constitucionales, ejercía importantes cargos de influencia muy relevante en las decisiones jurídicas más importantes del país (Procurador General de la República y Ministro de la Secretaría de la Presidencia) y fue Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁹⁵³ Como lo dice Brewer-Carías, en el proyecto de Constitución presentado por el Presidente Chávez a la Asamblea Nacional Constituyente, "sólo se incorpora un artículo tendiente supuestamente a fomentar el proceso de integración económica, que como una voluntad integracionista, sigue el sentido del artículo 108 de la Constitución de 1961, cuyo texto es del tenor siguiente:

Constitución finalmente aprobada por esta Asamblea Constituyente ha previsto en forma clara una norma que permite tal posibilidad, gracias a la intervención de instituciones dedicadas al tema que a tiempo lograron influir en tal normativa. En efecto, el artículo 153 de la nueva Constitución de 1999 establece lo siguiente:

“La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región.

La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración.

Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.” (negritas nuestras)

“Artículo.- La República favorecerá la integración económica latinoamericana y caribeña, defendiendo los intereses económicos, sociales y políticos del país, para insertarse en óptimas condiciones en el proceso de cambios mundiales ya en marcha. Para estos fines procurará fortalecer la cooperación económica, técnica y la coordinación de recursos y esfuerzos entre los Estados, para incrementar el desarrollo humano sustentable.”

Pero “además de la insuficiencia del Proyecto presentado por el Presidente Chávez en la solución de las exigencias constitucionales de la integración, debe destacarse el contenido de otra norma del mismo Proyecto que se encuentra ubicada en el Título V “Del sistema socioeconómico”, que resulta contraria a la posibilidad de resolver la cuestión constitucional de la integración; según el cual:

“Artículo.- Se considera nula y no escrita cualquier cláusula que, como consecuencia de compromisos crediticios, tecnológicos, comerciales, educativos o de cualquiera otra índole, condicione o limite la potestad soberana de la República para legislar o adoptar medidas en materia económica.”

Con fundamento en lo anterior, el profesor Allan Brewer-Carías propuso la inclusión en el proyecto de Constitución, en sustitución de las normas mencionadas, el siguiente artículo:

“Artículo.- De la integración:

La República favorecerá y promoverá la integración económica, social y política, particularmente con los países latinoamericanos y del Caribe. Con tal objetivo, el Estado podrá celebrar tratados, acuerdos o pactos que sobre la base de la equidad, igualdad y reciprocidad, establezcan organismos supranacionales, a los cuales se les podrá transferir determinadas competencias atribuidas a los poderes públicos nacionales, estatales o municipales. Las normas dictadas por dichos organismos supranacionales serán de aplicación directa en la República, a menos que requieran ser desarrolladas por normas de rango inferior.

La ratificación por parte del Ejecutivo Nacional de aquellos tratados, pactos o protocolos que modifiquen o amplíen las competencias atribuidas a los referidos organismos, requerirán la previa aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta.” (BREWER-CARIAS, *Debate Constituyente...*, pp. 177-181).

Ahora bien, antes de que todas estas dudas constitucionales se resolvieran definitivamente en 1999, en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena de 1973, así como en las leyes de este tipo de las Decisiones más importantes de la Comisión andina, que en criterio del órgano legislativo nacional venezolano incidían en materias legislativas internas, el Congreso de Venezuela agregaba una declaración mediante la cual indicaba el sentido preciso que atribuía a las disposiciones del Acuerdo con el siguiente texto:

"Parágrafo Primero: Las decisiones de la Comisión del Acuerdo que modifiquen la legislación venezolana o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación mediante Ley del Congreso de la República."

Esta norma de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena fue impugnada por medio de una acción de nulidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia por parte del mencionado profesor de Derecho Constitucional José Guillermo Andueza y en sentencia de 10 de julio de 1990 el máximo tribunal venezolano declaró sin lugar la acción, en una cerrada votación en su Sala Plena (Sala Constitucional) de ocho jueces a favor y siete en contra, por considerar que la aludida disposición no violaba la Constitución de 1961, entre otras razones porque, en su criterio, el Congreso no aceptó delegar su competencia en la Comisión y esa determinación, en criterio de la Corte, no vulnera la Constitución sino que, por el contrario, tiene la trascendencia del acto soberano del órgano encargado de dictar leyes y derogarlas, modificarlas o reformarlas, así como de ejercer exclusivamente los actos que por la Constitución ameritan de una ley⁹⁵⁴.

Igualmente, en 1983, el Congreso de la República sancionó la Ley Aprobatoria del Tratado que Crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en la cual, de igual forma que en la Ley de 1973, incorporó un artículo con el siguiente texto:

"Artículo 2. Las decisiones de la Comisión que modifiquen la legislación venezolana, o sean materia de la competencia del Poder Legislativo, requieren la aprobación, mediante Ley del Congreso de la República."

De acuerdo con estas normas de las leyes aprobatorias mencionadas, fue práctica regular en Venezuela hasta 1992 que todas las Decisiones de la Comisión que se refirieran a materias legislativas consideradas de competencia nacional, fueran aprobadas por ley del Congreso de la República y las que no lo fueron, como fue el caso de las Decisiones sobre la propiedad industrial, no

⁹⁵⁴ Un detallado comentario de esta sentencia puede consultarse en SUAREZ MEJIAS, Jorge Luis, "La aplicación de los principios rectores del derecho comunitario europeo en el Acuerdo de Cartagena: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de julio de 1990", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, pp. 296 y ss.

tuvieron aplicación en el país. Inclusive a las mismas no se les daba vigencia práctica mientras que no eran publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

Esto último pese a que el propio Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena ya establecía, como ya vimos, que las "Decisiones de la Comisión obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobados (sic) por la Comisión" (artículo 2), porque se interpretó que la aplicación inmediata de las Decisiones de la Comisión sólo se refería a las que no tuvieran por objeto materias de la competencia del legislador nacional, lo cual a todas luces constituía una concepción equivocada de un proceso de integración supranacional.

Afortunadamente, la situación cambió a partir de 1992 cuando el Ejecutivo Nacional comenzó a publicar, sin previa ley aprobatoria y ningún acto ejecutivo expreso que explicara la situación, las Decisiones de la Comisión y muchas de ellas incidían en la materia legislativa del Congreso Nacional. Incluso, el Ejecutivo Nacional reglamentó algunas de estas Decisiones y la propia Corte Suprema de Justicia ha aplicado en varias de sus sentencias algunas de ellas.

En efecto, en sentencia de 10 de marzo de 1993, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia venezolana, en el caso *Société Anonyme des Galeries Lafayette contra el Ministerio de Fomento de la República de Venezuela*, expresó que la Decisión No. 313 de 14 de febrero de 1992 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no regía el caso de autos "por haber entrado en vigencia con posterioridad a los hechos que motivaron el caso que nos ocupa, pero son orientadoras de las tendencias legislativas en tal materia"⁹⁵⁵. Igualmente, en voto salvado a este fallo, la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó consideró "la vigencia de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena", la cual sería una "norma comunitaria", que "se sobrepone al derecho interno"⁹⁵⁶.

En el mismo sentido, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en sentencia de 3 de agosto de 1995, adoptó su decisión considerando la vigencia de dos Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que no fueron aprobadas por ley del Congreso de la República por la nueva posición al respecto que tuvo el Ejecutivo Nacional desde 1992, por lo que se han aplicado directamente (Decisiones N° 313 y 344, ambas en materia de propiedad industrial) cuando dice:

"La situación en el derecho venezolano era la de la vigencia de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que, habiendo sido promulgada en Quito el 6 de febrero

⁹⁵⁵ Citada por la Procuraduría General de la República de Venezuela en escrito presentado en la Corte Suprema de Justicia el 27 de julio de 1993 (consultado en original, p. 23).

⁹⁵⁶ PROCURADURIA GENERAL, *ob. cit.*, p. 23.

de 1992, fue publicada en la Gaceta Oficial Venezolana N° 4451 Extraordinaria, del 5 de agosto de ese mismo año. La Decisión 313 que sería derogada por la Decisión 344, rigió en nuestro país hasta el 31 de diciembre de 1993, ya que al día siguiente sería sustituida por la Decisión 344.⁹⁵⁷

Para la Procuraduría General de la República de Venezuela, órgano de representación judicial del Ejecutivo Nacional, la situación de las anteriores leyes aprobatorias debió considerarse modificada con la aprobación del Protocolo de Quito, modificatorio del Acuerdo de Cartagena, que derogó tácitamente tanto el Parágrafo Primero del Artículo Único de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena del 1 de noviembre de 1973 y el artículo 2 de la Ley Aprobatoria del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 7 de julio de 1983, que establecían la necesidad de ley aprobatoria para las Decisiones de la Comisión andina⁹⁵⁸.

En efecto, para la Procuraduría General, esta derogación tácita se produjo porque la aprobación por el Congreso de la República del llamado Protocolo de Quito, "que no es otra cosa que una reformulación del Tratado del Acuerdo (sic) de Cartagena, implica la reintroducción en nuestro derecho de dicha norma comunitaria o integradora, es decir, se trata de una norma posterior que regula de manera diferente la misma materia que había sido regulada por una ley anterior"⁹⁵⁹.

En criterio de la Procuraduría venezolana, la supresión en la Ley Aprobatoria del Protocolo de Quito de toda mención a la necesidad de aprobación por el Congreso de las Decisiones de los órganos de la Comunidad Andina, "implica la derogación tácita de aquellas disposiciones contenidas en las leyes aprobatorias de 1973 y 1983, y ello implica de suyo la posibilidad de la vigencia directa en Venezuela de las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina"⁹⁶⁰. Siendo así, para la Procuraduría General "no cabe dudar que en nuestro país el propio Congreso de la República ha abierto la posibilidad de la vigencia directa de las normas de integración andina, y por tanto en virtud de la naturaleza propia del Derecho de la Integración, esas normas deben, a todo efecto, equipararse a las leyes venezolanas"⁹⁶¹.

⁹⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE VENEZUELA. Sentencia dictada por su Sala Político Administrativa el 3 de agosto de 1995, en el recurso contencioso administrativo de nulidad ejercido por la sociedad mercantil Atari Mundial, C.A. contra decisión del Ministro de Fomento que niega el registro de la marca Nintendo (consultada en original, p. 27).

⁹⁵⁸ PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA, escrito presentado en el acto de informes en el recurso de nulidad interpuesto por la Cámara de Laboratorios Venezolanos (LAVE), Capítulo Venezolano de Alifar, contra el acto del Ejecutivo Nacional que ordenó la publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela la Decisión N° 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 1992, relativa al régimen de propiedad industrial (consultada en original, p. 11).

⁹⁵⁹ PROCURADURIA GENERAL, escrito cit., p. 11.

⁹⁶⁰ PROCURADURIA GENERAL, escrito cit., p. 11.

⁹⁶¹ PROCURADURIA GENERAL, escrito cit., pp. 11-12.

Para el constitucionalista venezolano José Guillermo Andueza, pretender que el Congreso "apruebe las Decisiones de la Comisión -que no son tratados- es propiciar una invasión legislativa en el poder exterior del Presidente de la República" y que las cinco constituciones de los países miembros confieren al Presidente de la República la potestad de conducir las relaciones exteriores y de negociar y concluir los tratados, convenios o acuerdos internacionales, que es lo que la moderna doctrina jurídica ha dado en llamar el poder exterior, que si se quiere que no sea una fórmula vacía e insignificante, es preciso, citando a La Pergola, aceptar que los órganos destinados a la conclusión de los tratados tengan asignado, en las esferas de su respectiva competencia, el mismo poder que, de forma general, ha sido conferido a los órganos legislativos⁹⁶².

Agrega el profesor Andueza que en las cinco constituciones de los países miembros del Acuerdo de Cartagena, este poder exterior sólo tiene un control legislativo: el que se ejerce sobre los tratados. Una vez que el Congreso aprueba el tratado, como aprobó el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de creación del Tribunal de Justicia, para este autor "agota su competencia y no puede pretender controlar los actos emanados del órgano normativo del Acuerdo"⁹⁶³.

Finaliza el profesor Andueza diciendo que en los casos de las Decisiones que requieran incorporación al derecho interno, "esa incorporación será dada por el Presidente de la República, en virtud de su poder exterior y no por el Congreso"⁹⁶⁴. Y agregamos nosotros: esa necesidad de incorporación al derecho interno en todo caso deberá ser decidida por la Comisión del Acuerdo, como corresponde en un proceso de integración, y no por el Congreso Nacional. Este criterio del profesor Andueza parece haber primado en la solución de esta interesante discusión jurídica en Venezuela.

Sin embargo, en otro plano del problema, los jueces venezolanos no han querido someterse a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En efecto, la ley venezolana de 16 marzo de 1983, mediante la cual se aprobó el Tratado que crea este Tribunal, dispuso en su artículo 3 que las normas contenidas en los artículos 28, 29, 30 y 31 TTA, que contienen la regulación del proceso de interpretación prejudicial, "deberán ser interpretadas en el sentido expresado en los artículos 129⁹⁶⁵, 205⁹⁶⁶ y 211⁹⁶⁷ de la Constitución venezolana". Por esta razón, la Procuraduría

⁹⁶² ANDUEZA, "La aplicación directa del..., *ob. cit.*, p. 21.

⁹⁶³ ANDUEZA, "La aplicación directa del..., *ob. cit.* p. 21.

⁹⁶⁴ ANDUEZA, "La aplicación directa del..., *ob. cit.* p. 21.

⁹⁶⁵ **Artículo 129 Constitución de la República de Venezuela:** "En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la república celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional, o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas

General de la República de Venezuela ha sostenido, con apoyo en las citadas normas constitucionales, que la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia andino, cuando es obligatoria, sería contraria a la autonomía judicial consagrada en la Constitución.

En este sentido, debemos observar, en primer lugar, que no debían considerarse estas normas constitucionales en forma aislada, fuera de su contexto, ya que al permitir la Constitución de 1961 la posibilidad de incorporación a un proceso de integración latinoamericano en su artículo 108, deben permitirse los mecanismos judiciales que este proceso implica necesariamente para lograr la uniformidad jurídica en el mismo. Y tal como lo hace Uribe Restrepo, consideramos que la interpretación prejudicial hecha por un tribunal comunitario constituye una colaboración que no invade la competencia de los jueces nacionales ya que el tribunal comunitario no decide por ellos sino que les da pautas de interpretación para el caso que en todo caso deberá resolver el juez nacional. Por lo tanto, la posibilidad de interpretación judicial en nada afecta la autonomía e independencia de los jueces venezolanos⁹⁶⁸.

La interpretación prejudicial, de otra parte, así deba ser solicitada por la Corte Suprema de Justicia, no afecta para nada la jerarquía de los fallos propios de este alto tribunal ya que no es un fallo en sí mismo -sólo se trata de la interpretación de normas comunitarias y no entra en los hechos del caso- y si la Corte se ve obligada a solicitarla en determinados casos y a seguirla en todos, no es porque el Tribunal andino invada la jurisdicción nacional sino porque es necesaria para lograr la uniformidad jurídica en un proceso de integración que la Constitución permite.

En nuestro criterio, la interpretación prejudicial no es un recurso procesal contra las sentencias de la Corte, a los que hacía referencia el antiguo artículo 211 de la Constitución venezolana, sino que es un mecanismo judicial de apoyo o ayuda a los jueces nacionales para que puedan resolver los casos bajo su jurisdicción, con criterios más claros y uniformes en relación con las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, porque respecto a las normas nacionales, el Tribunal de Justicia andino ya no será competente para interpretarlas: ello sólo corresponde a los jueces nacionales. Como bien lo dice el artículo 30 TTA, en su interpretación "el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico

con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración".

⁹⁶⁶ **Artículo 205 Constitución de la República de Venezuela:** "En el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos e independientes de los demás órganos del Poder Público".

⁹⁶⁷ **Artículo 211 Constitución de la República de Venezuela:** "La Corte Suprema de Justicia es el más alto Tribunal de la República. Contra sus decisiones no se oír ni admitirá recurso alguno."

⁹⁶⁸ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 181.

del Acuerdo de Cartagena" y el Tribunal "no podrá interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso".

En todo caso, se trata de una vía judicial que, aunque obligatoria en algunos aspectos para los jueces nacionales, como su solicitud cuando no hayan recursos internos posteriores a la sentencia nacional, la suspensión del proceso en este último caso y la adopción de la interpretación dada por el Tribunal, ella debe ser interpretada, para determinar su procedencia constitucional, dentro del contexto general de toda la Constitución que permite la integración regional. Además, el Tribunal de Justicia andino tiene tan serias limitaciones en la realización de esta labor de interpretación prejudicial que dudamos que este mecanismo le permita invadir competencias nacionales de los jueces venezolanos porque, entre otras cosas, no examina los hechos del proceso, todo lo cual es necesario para el buen funcionamiento de un proceso de integración permitido por la Constitución.

Se trata la vía judicial andina de un mecanismo de cooperación o de colaboración con el juez nacional y de ninguna manera debe entenderse que el Tribunal de Justicia es un órgano jerárquicamente superior a los jueces nacionales. La interpretación prejudicial es un mecanismo que, al ser parte de un sistema jurisdiccional de un proceso de integración, debe permitirse su procedencia al ser la integración un tipo de procesos internacionales favorecidos por la Constitución venezolana en su artículo 108. Al darse la atribución del ejercicio de competencias a la organización andina y ser firmado y ratificado el Acuerdo de Cartagena y el Tratado del Tribunal con la aprobación del Congreso de la República, debe entenderse que ello implica la inaplicación de las normas constitucionales que pudieran colidir con aludido proceso de integración y que no concuerden con los mecanismos establecidos los mismos.

En nuestro criterio, al utilizar la Constitución venezolana⁹⁶⁹ el término "integración" y no el de "cooperación", como sí lo hizo en otras partes de ella, como por ejemplo en el Preámbulo⁹⁷⁰, estaba aceptando la posibilidad de una realidad supranacional que tarde o temprano va a suceder en todo proceso de integración, que es lo que la distingue de la simple cooperación. Limitar la integración prevista en el artículo 108 de la Constitución a los supuestos en los que no hubiese supranacionalidad no creemos que haya sido la intención del constituyente de 1961 porque, si no,

⁹⁶⁹ Según el artículo 108 de la Constitución de la República de Venezuela "La República favorecerá la **integración económica latinoamericana**. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes" (negritas nuestras).

⁹⁷⁰ Dice el Preámbulo de la Constitución de la República de Venezuela en uno de sus párrafos que "con el propósito de (...) **cooperar con las demás naciones y, de modo especial, con las Repúblicas hermanas del Continente**, en los fines de la comunidad internacional, sobre la base del recíproco respeto de las soberanías, la autodeterminación de los pueblos, la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana, y el repudio de la guerra, de la conquista y del predominio económico como instrumentos de conquista internacional;" (negrilla nuestra).

simplemente hubiera utilizado el término "cooperación" en todos los casos, pero esta claro que esta última figura no permitía la profundidad y la intensidad de los compromisos que el artículo 108 y el Preámbulo deseaba en la integración latinoamericana. Es nuestra opinión más inconstitucional era no permitir la participación de Venezuela en la integración latinoamericana que participar en ella, así sea por mecanismos supranacionales, porque se desprendía claramente de la Constitución que ésta deseaba que Venezuela participara en ese tipo de procesos.

Afortunadamente, estos problemas interpretativos cambiaron sustancialmente al ser aprobada en 1999 la nueva Constitución, la que en su artículo 153 permite la integración supranacional en una forma verdaderamente modélica, llegando inclusive al establecimiento expreso de los principios de derecho comunitario de aplicación directa y primacía de las normas comunitarias.

3.2. La situación constitucional de Colombia

La cuestión constitucional de la integración regional en Colombia fue resuelta en la víspera de la suscripción del Acuerdo de Cartagena, al incorporarse al ordinal 18 del artículo 76 de la llamada Carta Fundamental, relativo a las atribuciones del Congreso que ejerce mediante leyes, lo siguiente:

"Aprobar o inaprobar los tratados o convenios que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.

Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso, podrá el Estado obligarse para que sobre bases de igualdad y reciprocidad sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica de los Estados."

Este ordinal del artículo 76 fue modificado por su equivalente en la vigente Constitución de 1991, el ordinal 16 del artículo 150, que atribuye al Congreso lo siguiente:

"Aprobar o inaprobar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.

Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, *transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos supranacionales*, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados."

Además, en la Constitución de 1991 el concepto de integración tiene un amplísimo reconocimiento en el preámbulo de la Carta, que consagra un marco jurídico "comprometido a impulsar la integración latinoamericana" y fue incorporada a la Constitución colombiana una disposición del siguiente tenor:

"Artículo 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen

organismos supranacionales, incluso para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano."

Como puede verse, en este artículo 227 se da un paso fundamental porque además de atribuir al Estado la función de promover la integración económica, social y política con las demás naciones, lo faculta para celebrar tratados que creen organismos supranacionales, ya no con el fin inmediato de consolidar la integración económica sino para avanzar hacia estadios superiores, como la conformación de una comunidad latinoamericana de naciones.

Ahora bien, antes de la promulgación de estas normas constitucionales, el ingreso de Colombia al proceso de integración andino fue accidentado y dio lugar a intensos debates jurídicos en la Corte Suprema de Justicia, con la intervención de la Procuraduría General de la República, y en el Congreso Nacional, ya que el Presidente de la República pretendió dar aprobación al Acuerdo de Cartagena mediante un decreto legislativo, el cual fue impugnado con una acción popular de inconstitucionalidad ante la suprema Corte porque el demandante consideró que no era procedente la aprobación por esta vía ejecutiva en virtud de que el Acuerdo de Cartagena era un convenio internacional independiente y no un acuerdo complementario de desarrollo del Tratado de Montevideo, como pretendía calificarlo el Presidente de la República para no someterlo a la aprobación del Congreso.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de 26 de julio de 1971, se declaró incompetente para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 1 del decreto que contenía la aprobación del Acuerdo, de conformidad con la jurisprudencia entonces imperante según la cual la Corte es juez de la constitucionalidad de los actos de derecho público interno y no de actos internacionales, para cuyo juzgamiento, aunque contenga elementos jurídicos de índole interna, carece de jurisdicción⁹⁷¹. La conclusión de la Corte en esta sentencia fue la de que si ante los demás Estados partes del Acuerdo de Cartagena la ratificación de Colombia es válida e invulnerable, el

⁹⁷¹ En la evolución jurisprudencial que va desde 1914 a 1987, la Corte Suprema de Justicia de Colombia se ha declarado uniformemente inhibida para conocer de la inconstitucionalidad de los tratados, respetando el principio de prevalencia del derecho internacional, salvo en las sentencias de 30 de enero de 1958, 18 de septiembre de 1975, 12 de diciembre de 1986 y 25 de junio de 1987, en las que la Corte se pronunció sobre la inconstitucionalidad de leyes aprobatorias de tratados internacionales, con posterioridad a su vigencia, pero por razones de forma en el procedimiento de aprobación de las mismas, haciendo la separación entre la ley aprobatoria y el tratado mismo. A pesar de que la Corte se desmarcó en estas oportunidades de la tesis imperante desde 1914 sobre el "acto complejo de derecho internacional", ello no tuvo efecto adverso sobre la tesis de la supremacía del derecho internacional, toda vez que las fallas de forma en la elaboración de la ley son subsanables de acuerdo con el derecho interno (SALAZAR MANRIQUE, Roberto, "Aspectos generales del derecho comunitario andino", *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto, 1995, p. 79).

Acuerdo no rige en el derecho interno de Colombia pues el acto aprobatorio fue irregularmente expedido.

Pero el debate judicial apenas había comenzado "con una victoria muy reducida en sus alcances para los propugnadores del Acuerdo, por la naturaleza de un pronunciamiento que, no afirmaba la constitucionalidad de la forma en que el Acuerdo fuera aprobado, si bien, tampoco negaba ésta"⁹⁷². Los impugnadores atacaron entonces su aspecto más vulnerable y al propio tiempo más importante en ese momento: la Decisión 24 de la Comisión, que establecía el régimen de los capitales extranjeros y regulaba el uso de la tecnología importada.

Así, por sentencia de 20 de enero de 1972, la Corte Suprema de Colombia declaró inconstitucional e inaplicable el decreto por el cual se había puesto en vigencia el "Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros" (Decisión 24), entendiendo que por su contenido de verdadera ley en sentido material no podía haberlo dictado el Gobierno Nacional, ni siquiera argumentando el apoyo "de un pretendido derecho comunitario, de integración económica de fuerza supranacional, capaz de superar las reglas del derecho interno, así como así, sin previas especificaciones, sin transferir a entidades internacionales competencias reservadas a los Estados, salvo excepciones muy perentorias"⁹⁷³.

La lucha judicial aparentemente había terminado en una especie de empate. La Decisión 24, columna vertebral del proceso de integración andino, había sido declarada inconstitucional. En cambio, el decreto de recepción del Acuerdo de Cartagena en Colombia no había sido eliminado del ordenamiento jurídico. Por ello, el Gobierno colombiano presentó al Congreso la Decisión 24 y para solucionar la situación conflictiva entre el Gobierno Nacional y el Congreso, el Acuerdo de Cartagena fue presentado también al conocimiento y aprobación del órgano legislativo nacional.

Como resultado de los intensos debates en el Congreso, este órgano legislativo dictó la Ley 8ª de 14 de abril de 1973 que aprobó el Acuerdo de Cartagena, la cual, sin embargo, estableció en su artículo 2 lo siguiente:

"Artículo 2. El Gobierno Nacional podrá poner en vigencia las decisiones de la Comisión y de la Junta del Acuerdo Sub-regional Andina, siempre que no modifiquen la legislación o no sean materia del legislador.

En cambio, tales decisiones, para su aprobación y entrada en vigencia, deberán ser sometidas al Congreso por el Gobierno, cuando sean materias de la competencia del Legislador o modifiquen la legislación existente o cuando el gobierno no haya sido investido de las facultades legales anteriores."

⁹⁷² MAZA, *ob. cit.*, p. 77.

⁹⁷³ MAZA, *ob. cit.*, p. 77.

Como puede verse, pese a la claridad de las disposiciones constitucionales, el proceso de integración andino en Colombia no ha estado exento de problemas jurídicos. A través de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena se establece un freno al proceso de integración en este país, negándose la aplicación inmediata y directa del derecho comunitario andino y reservándose el legislador interno la aprobación de todas y cada una de las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina que se refirieran a materias de la competencia del Congreso Nacional o que modificaren la legislación existente, con lo cual se rechazaba toda idea de transferencia del ejercicio de poderes legislativos a los órganos comunitarios.

El transcrito artículo 2 de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena fue impugnado mediante una acción de inconstitucionalidad, al considerarse contrario, obviamente, al citado artículo 76, ordinal 18, de la Constitución. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de 27 de febrero de 1975, anuló el artículo impugnado, para lo cual reconoció la existencia en la Constitución de un traslado de competencias a los órganos comunitarios, con lo cual resolvió el problema constitucional de la integración.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha ratificado sus pareceres en este tema de la aplicación posterior del derecho comunitario andino y se ha pronunciado por el carácter preeminente del mismo, por lo que para esta Corte una norma legal doméstica anterior contraria a una de derecho de la integración ha de entenderse derogada o suspendida o desplazada, y una posterior debe tenerse como inconstitucional, no tanto por la fuerza que tenga o el respeto que merezcan los tratados constitutivos, sino porque la competencia para regular esas materias, como atributo de la soberanía nacional, ha pasado de las autoridades internas a las comunitarias. Para la Corte colombiana hay, indudablemente, una limitación y una transferencia de potestades de los poderes nacionales a favor de los organismos supranacionales que así, por traslado o cesión, ganan la respectiva competencia⁹⁷⁴.

Como lo destaca Roberto Salazar Manrique, hoy Colombia presenta especial aptitud de asimilación del derecho comunitario que la ha llevado a ser el principal soporte del sistema, plasmado en el frecuente uso que ha hecho del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena⁹⁷⁵. La buena disposición de Colombia hacia la integración también se ha visto reflejada en su jurisprudencia. Como lo anota Fernando Uribe Restrepo, la justicia comunitaria andina logró iniciar en firme su labor jurisprudencial gracias a una serie de solicitudes de interpretación presentadas por los

⁹⁷⁴ BREWER-CARIAS, *ob. cit.*, p. 16.

⁹⁷⁵ SALAZAR MANRIQUE, *ob. cit.*, p. 75.

organismos judiciales más importantes de Colombia: la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado⁹⁷⁶.

Igualmente, tanto la Procuraduría General de la Nación, que interviene como Agente del Ministerio Público en las acciones de inconstitucionalidad ante la Corte, como los Fiscales del Consejo de Estado, han iniciado o secundado el trámite del recurso prejudicial comunitario. También lo han hecho los apoderados judiciales que actúan ante el Consejo de Estado.

Así, en sentencia de 1 de septiembre de 1988, la Corte, después de acoger la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia andino, aceptó el carácter obligatorio de las sentencias de este tribunal para el juez nacional y advirtió sobre las dos características esenciales del derecho comunitario en sus relaciones con el derecho interno de los países miembros, como son su preeminencia y su aplicación directa e inmediata.

También, en sentencia de 7 de febrero de 1991, son interesantes las consideraciones que hace la Corte Suprema de Colombia al confirmar lo establecido en el artículo 29 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia andino en el sentido de que si la sentencia del juez nacional no es susceptible de recursos en el derecho interno, la solicitud de interpretación prejudicial es obligatoria para el juez nacional y deberá adoptarse la interpretación del Tribunal comunitario. La Corte califica esta figura de la interpretación prejudicial como "un instrumento precioso para la puesta en marcha de los conceptos de integración política, económica y social que están en el fondo mismo del llamado derecho comunitario"⁹⁷⁷.

Con posterioridad a la nueva Constitución de 1991, que crea la Corte Constitucional como la competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad, ésta ha reiterado la aplicación del principio de la supranacionalidad y ha precisado que en la nueva Constitución el control constitucional de los tratados debe ser previo al canje de instrumentos de ratificación o de adhesión. Es decir, el examen constitucional de los mismos hoy se hace no sólo posible sino obligatorio en tratados que no hayan entrado en vigor ya que lo contrario implicaría la ruptura unilateral de estos acuerdos que tienen carácter de sinalagmáticos y están orientados en principios de equilibrio e igualdad entre los Estados. Considera la nueva Corte que una vez perfeccionados los tratados, dejan de pertenecer a la esfera de la soberanía de la nación y del control jurisdiccional⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ URIBE RESTREPO, *ob. cit.*, p. 177.

⁹⁷⁷ SALAZAR MANRIQUE, *ob. cit.*, p. 81.

⁹⁷⁸ SALAZAR MANRIQUE, *ob. cit.*, p. 82.

3.3. La situación constitucional en Perú

La situación constitucional de Colombia contrasta con la de Perú. En 1993 fue realizada una reforma constitucional que previó expresamente el principio contrario a los principios que rigen un proceso de integración supranacional, al señalar en su artículo 56 lo siguiente:

"Artículo 56. Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

- 1. Derechos humanos.**
- 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.**
- 3. Defensa nacional.**
- 4. Obligaciones financieras del Estado.**

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos, los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución."

Ahora bien, la situación constitucional en Perú al momento de la aprobación y ratificación del Acuerdo de Cartagena no tenía mayores problemas porque de acuerdo con el artículo 6 del Estatuto del Gobierno Revolucionario, contenido en el Decreto-Ley N° 17.063 de 3 de octubre de 1968, las funciones correspondientes al Poder Legislativo las ejercía en ese momento el Presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Este estatuto, conjuntamente con la Constitución de la República de Perú de 1933, constituyeron en ese momento la base del derecho constitucional peruano. A pesar de existir un tratamiento constitucional favorecedor, no ha habido mayores desarrollos jurisprudenciales ni ha existido interés manifiesto por los jueces por someterse a las reglas respectivas.

Quizás es en el Perú, según Luis Carlos SÁCHICA, en donde las normas pertinentes y, en especial, el artículo 101 de la Constitución vigente en el momento de la firma del Acuerdo, "fueron concebidas con mayor precisión y alcance, ya que se inician con la declaración de los miembros de la Asamblea Constituyente sobre "la necesidad de impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo", términos que implican una decisión política rotunda y con mayor extensión que el andino". Además, dice SÁCHICA, en el capítulo IV de la Constitución que trata de la integración, en su artículo 100, declara enfáticamente: "El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones", palabras en las cuales, en criterio de SÁCHICA, "se totaliza el concepto de integración, extendiéndolo a todos los campos de la vida colectiva, con dimensión continental"⁹⁷⁹.

⁹⁷⁹ SACHICA, *ob. cit.*, p. 888.

En opinión de Luis Carlos SÁCHICA, el citado artículo 101 facultó, con toda claridad, la celebración de los respectivos tratados de integración e inclusive dio categoría preferente a esos tratados sobre los demás que celebre el Perú. Y esto no es todo, según SÁCHICA, porque el artículo 22, al señalar las finalidades de la educación, expresa que estará enderezada a promover la integración nacional y latinoamericana, así como la solidaridad internacional⁹⁸⁰.

3.4. La situación constitucional en Ecuador

En el caso de Ecuador, el artículo 3 de la Constitución de 1992⁹⁸¹ permite la incorporación de ese país a los procesos de integración comunitarios ya que establece que el Estado ecuatoriano:

"(...) Propugna también la comunidad internacional, así como la estabilidad y fortalecimiento de sus organismos y, dentro de ello, la integración iberoamericana, como sistema eficaz para alcanzar el desarrollo de la comunidad de pueblos unidos por vínculos de solidaridad, nacidos de la identidad de origen y cultura.

El Ecuador podrá formar, con uno o más estados, asociaciones para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios."

Ahora bien, al momento de la incorporación al Acuerdo de Cartagena, Ecuador hizo el correspondiente depósito del mismo ante la Secretaría Ejecutiva de la ALALC el 21 de noviembre de 1969, sin aparentes problemas internos. Ciertamente, la República del Ecuador aprobó los tratados internacionales que dieron origen a la integración andina: el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de creación del Tribunal. Esto mediante Decreto Ejecutivo N° 1932 de 24 de octubre de 1969, respecto al Acuerdo de Cartagena, y posteriormente ratificó el Tratado de creación del Tribunal, también mediante Decreto Supremo N° 3611 de 16 de junio de 1979.

La ausencia en el Ecuador en esa época de un régimen democrático privó a la legislatura nacional del conocimiento y aprobación del Acuerdo de Cartagena, como lo prescribía la Constitución de 1946 que el gobierno *de facto* había declarado en vigencia, y más tarde el Tratado del Tribunal es publicado en el órgano oficial nacional el 5 de septiembre de 1979, publicación mediante la cual se integró a este instrumento jurídico internacional dentro del régimen legal ecuatoriano.

Según Patricio Bueno Martínez, Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Ecuador ha venido cumpliendo y aplicando todas las Decisiones y Resoluciones emanadas de la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, "en el bien entendido de los compromisos derivados del Acuerdo y de los principios de preeminencia y aplicación directa del ordenamiento jurídico andino,

⁹⁸⁰ SACHICA, *ob. cit.*, p. 888.

⁹⁸¹ Actualizada según la Codificación de la Constitución Política de la República de Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 969 de 18 de junio de 1996.

tanto en sus preceptos constitucionales u originarios, como en sus normas derivadas o secundarias, así como de la inmediata inserción del derecho comunitario en el derecho interno⁹⁸².

Para Luis Carlos SÁCHICA, la Constitución ecuatoriana del momento, con igual fuerza que la peruana, da sustento suficiente al Acuerdo de Cartagena. La cuestión está regulada en el artículo 3, como vimos, en el que se proclaman los principios rectores del Acuerdo y, entre ellos, resalta el que acabamos de transcribir, que para SÁCHICA es elocuente y que prefirió utilizar el concepto de comunitario que el conflictivo de supranacionalidad⁹⁸³.

Ciertamente, el caso de Ecuador es similar al de Venezuela en el sentido de que la Constitución, si bien no prevé expresamente la posibilidad de atribuir el ejercicio de ciertas competencias nacionales a organismos supranacionales, favorece la integración latinoamericana. Inclusive va más allá que la Constitución venezolana porque utiliza los términos "comunitario" y "comunidad", lo cual hace pensar que el constituyente estaba más claro en lo que significaba la integración regional.

Por eso, la actitud de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador ha sido muy positiva llegando a hacer referencia en una de sus sentencias al principio de la preeminencia del derecho comunitario frente al nacional "lo cual exige que esas regulaciones no contradigan a normas jurídicas de jerarquía superior como es la Ley y para el caso del Tratado Internacional denominado "Acuerdo de Cartagena y el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena "...se anota que la Regulación No. 765-92 es violatoria del artículo 5 del tratado del Tribunal, según el cual los países miembros del Acuerdo "se obligaron a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, comprometiéndose, además "a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación" como reiteradamente se ha dicho en la sentencia del citado Tribunal, añadiéndose que cualquier incumplimiento de esa previsión puede ser demandado ante ese Tribunal del Acuerdo..." (Proceso 2-IP-98), agregando el Tribunal de Justicia andino que el mismo no puede y deba dar ningún alcance a dicha sentencia y debe acogerla; "su simple mención no tiene otro objetivo que el de recalcar que la propia jurisdicción ecuatoriana al declarar la nulidad de la Regulación No. 765-92,

⁹⁸² BUENO MARTINEZ, Patricio, "Utilización de la jurisdicción comunitaria. Mito o realidad. El caso ecuatoriano", *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto, 1995, p. 310.

⁹⁸³ SACHICA, *ob. cit.*, p. 888.

con su emisión reconoce que se ha incumplido el Tratado del Acuerdo de Cartagena en materias previstas en el capítulo V sobre Programa de Liberación⁹⁸⁴.

3.5. La situación constitucional en Bolivia

Bolivia no incluye en su Constitución de 1967, que regía al momento de incorporarse al Acuerdo de Cartagena, ningún precepto ni declaración relativo a la integración. Para participar en la Comunidad Andina, el Gobierno ha tenido que actuar de acuerdo con la forma general de las relaciones internacionales, con fundamento en la competencia general del Presidente de la República, establecida en los ordinales 2 y 3 del artículo 96, que le permite negociar y concluir los tratados con naciones extranjeras, los cuales deben ser aprobados por el Congreso, de acuerdo con la atribución 12 del artículo 59, y ser canjeados para su perfeccionamiento y conducir las relaciones internacionales.

Esto indica que en Bolivia se mantienen los conceptos tradicionales del derecho internacional público y que su ordenamiento jurídico no ha aceptado expresamente la figura de la supranacionalidad, incluso tomando en consideración la reforma constitucional de 1994 que tampoco establece nada sobre integración. No se contemplan normas sólidas que respalden su incorporación a un proceso de integración supranacional ni ha existido interés manifiesto de la justicia por someterse a las reglas comunitarias respectivas.

⁹⁸⁴ Sentencia TJCA, proceso 2-AI-97, GOAC No. 391, p. 20.

Conclusiones

Primera. La Comunidad Andina es una asociación de Estados que ha dado lugar a una organización de naturaleza supranacional con un sistema jurídico de creación de normas que regula el proceso de integración andino. En esta organización coexisten varios órganos, unos de naturaleza intergubernamental, por estar conformados por representantes de los Estados miembros lo que les impide ser independientes de éstos, como son el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones, el Parlamento Andino y la Comisión, y otros de naturaleza supranacional, por estar conformados por personas designadas por la propia organización que actúan en forma autónoma, como son la Secretaría General y el Tribunal de Justicia.

Segunda. La organización andina a través de sus órganos genera una serie de actos y normas que completan ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el cual está constituido por el derecho originario o constitucional (el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, sus Protocolos e Instrumentos adicionales) y el derecho derivado, que son los actos y normas que se dictan en ejecución de aquél, cada uno de ellos con un distinto nivel jerárquico como vamos a ver, pudiendo este último ser derecho derivado secundario y terciario.

Tercera. Dentro de la Comunidad Andina se produce una distribución de competencias entre sus órganos que tiene características muy particulares ya que no existe un principio de división de poderes como en las organizaciones estatales modernas sino que cada uno de los órganos decisorios andinos, excepto el Tribunal de Justicia que tiene el monopolio de las funciones jurisdiccionales, ejerce el poder normativo, tanto de naturaleza legislativa como reglamentaria, y el poder de ejecución administrativa con fines de aplicación material, aunque en ellos prevalece, en principio, una de tales funciones sobre las demás. Así, la Comisión y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que si bien tienen en principio asignada la labor legislativa de desarrollo de los tratados constitutivos, lo cual pueden hacer a través de las Decisiones, sin embargo también pueden realizar funciones de ejecución administrativa por la misma vía. De similar forma, la Secretaría General, que en principio tiene asignada la función ejecutiva-administrativa de la Comunidad, también puede ejercer, en ejecución el derecho originario y a través de las Resoluciones, funciones normativas, tanto de naturaleza legislativa como reglamentaria.

Cuarta. La visión particular que de la división de poderes hay en la Comunidad Andina y la existencia de otros principios organizativos como la cooperación leal interorgánica y el de equilibrio orgánico, debe ser completada con la existencia de un reparto de poder entre la organización y los Estados miembros en sentido vertical, que es menos intenso que en Europa al no existir la figura de las Directivas comunitarias.

Quinta. En el ámbito comunitario andino no existe un poder legislativo como cuerpo representativo popular, elegido a través del sufragio directo, encargado de actuar con las atribuciones que le permite la Constitución, que generalmente son legislativas y de control a los demás poderes. El Parlamento Andino no tiene atribuido este papel ni con carácter exclusivo ni con carácter preponderante ya que no participa en los procesos decisorios andinos. Tal papel, está atribuido a la Comisión, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Secretaría General.

Sexta. En la organización supranacional andina existen órganos que tienen el poder de impulso político de la Comunidad y otros que tienen competencias para llevar adelante jurídicamente tales orientaciones políticas. Lo primero se da en el Consejo Presidencial Andino y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que a través de las Directrices y las Declaraciones respectivamente dictan las pautas políticas del proceso, que no forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, todo lo cual debe ser convertido en normas jurídicas por el mismo Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, a través de Decisiones, y la Secretaría General con sus Resoluciones, de acuerdo con las competencias de cada uno de ellos. Para la interpretación uniforme y la declaración judicial de estas normas se ha estatuido el Tribunal de Justicia.

Séptima. En virtud del particularismo que tiene la distribución de competencias en la Comunidad Andina, en donde cada uno de sus órganos decisorios puede ejercer funciones normativas y administrativas, las normas que emanan de cada uno de estos órganos pueden tener distinta jerarquía jurídica dependiendo del caso concreto. Así, las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, si bien generalmente son dictadas en ejecución directa del Acuerdo de Cartagena para regular aspectos generales, no obstante, en otros casos se trata de actos de ejecución administrativa con destinatarios específicos. Pero al mismo tiempo, otros órganos como la Secretaría General pueden dictar actos con rango legal por tener competencias para dictar Resoluciones en ejecución directa del derecho originario, de naturaleza normativa, además de las típicas Resoluciones puede dictar este órgano comunitario en ejecución del derecho derivado, con efectos particulares. Es decir que tanto las Decisiones como las Resoluciones pueden tener un contenido general o individual, por un lado, y ser producto de la ejecución directa del derecho originario como del derecho derivado, por el otro, de manera que el puesto que deben ocupar ellas en la pirámide jerárquica del derecho andino dependerá de cada caso concreto y de cada una de las Decisiones y las Resoluciones, para lo que habrá que examinar tanto la norma que estén ejecutando, su contenido y el tipo de destinatarios a quien estén dirigidas.

Octava. La Secretaría General de la Comunidad Andina participa en los procesos decisorios con facultades de propuesta legislativa junto con los Estados miembros, además de actuar con poderes normativos autónomos en ciertos casos. Además, este órgano comunitario se desmarca de

un puro papel de subordinación que frente a la Comisión tiene de conformidad con el Acuerdo de Cartagena, a la función guardiana de los tratados constitutivos en la que éstos le atribuyen la misión de velar por su aplicación y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina sin intermediación de ningún órgano, pudiendo controlar a cualquiera de ellos en ejecución de esta facultad.

Novena. El sistema jurisdiccional andino se ha originado y desarrollado tomando en cuenta el modelo más avanzado de la época de su creación, y todavía del presente, como es el de las Comunidades Europeas, pero ha ido adquiriendo características propias, en parte para mejorar a su modelo y especialmente para adaptarlo a las características de la región donde se encuentra inserto.

Décima. El Tribunal de Justicia es un órgano principal de la Comunidad Andina, de indudable naturaleza jurisdiccional, de carácter exclusivo, permanente y obligatorio, con competencia territorial en los cinco países miembros y con atribuciones para conocer de las controversias que surjan entre los Estados que integran la Comunidad y los órganos comunitarios. Es un tribunal independiente de los Estados miembros y de los otros órganos andinos, de naturaleza supranacional, con capacidad para declarar el derecho comunitario, de interpretarlo uniformemente y que tiene la obligación de pronunciarse sobre los asuntos que se le sometan, indagando la solución adecuada en la normativa comunitaria o en los principios generales del derecho.

Undécima. A semejanza del órgano judicial de las Comunidades Europeas, el Tribunal andino tiene competencia para conocer de la acción de nulidad, del recurso por omisión, de la interpretación prejudicial y de la acción de incumplimiento, como vías jurisdiccionales de naturaleza comunitaria, que siguen en gran parte los patrones del recurso de anulación, del recurso por inactividad, de la cuestión prejudicial de interpretación y del recurso por incumplimiento europeos respectivamente, con algunas diferencias que han buscado adaptarlos al entorno andino y a las jurisdicciones contencioso-administrativas de la región. Estas acciones y recursos, junto a la función arbitral y la jurisdicción laboral de las que también conoce, hacen del sistema jurisdiccional comunitario andino uno de los más completos dentro de los procesos de integración existentes.

Duodécima. El Tribunal de Justicia ejerce su control jurisdiccional no solamente sobre la actividad desplegada por los órganos comunitarios, sino también sobre la desarrollada por las autoridades nacionales cuando actúan en ámbitos regidos por el derecho comunitario andino. Coexisten en el Tribunal de Justicia funciones de un tribunal constitucional y de un tribunal contencioso-administrativo porque, si bien el parámetro de validez de las actuaciones que controla son principalmente los tratados constitutivos, también toma en cuenta para realizar este control el resto del ordenamiento jurídico comunitario, esto es, tanto el derecho originario como el derecho derivado son patrones de su revisión, de manera que no es solamente un órgano de control de constitucionalidad sino también de la legalidad comunitarias.

Décima tercera. Frente a la gran similitud entre los tribunales comunitarios andino y europeo, también hay diferencias entre ellos, pudiéndose destacar la aparente falta de la interpretación prejudicial de validez europea y la supuesta presencia de la excepción de ilegalidad (lo que no es exactamente así), un acceso de los particulares más acentuado en la acción de incumplimiento andina, unas medidas cautelares más limitadas que son procedentes sólo en la acción de nulidad, una materia en la acción de nulidad andina que se determina más por su forma y el órgano que la dicta que por su obligatoriedad y efectos jurídicos, y una omisión de distintas características que da lugar al recurso por inactividad andino.

Décima cuarta. El derecho comunitario europeo ha tenido una influencia enorme en el sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina, no solamente por ser el Tribunal de Luxemburgo y sus competencias el modelo que le sirvió de inspiración a los tratadistas andinos para crear su organización judicial, sino porque permanentemente en sus sentencias el Tribunal andino tiene presente lo que sucede en las Comunidades Europeas especialmente en lo que se refiere a algunos principios rectores del derecho comunitario como el efecto directo y la primacía de las normas comunitarias. Falta y es deseable que se produzca la presencia en el sistema andino, tanto en los tratados como en la jurisprudencia, de principios tales como el de responsabilidad de los Estados frente a la Comunidad. Afortunadamente la responsabilidad comunitaria individual en el ámbito interno de cada Estado está prevista en forma muy particular.

Décima quinta. El sistema jurisdiccional andino es una estructura en la que coexisten como partes de la misma el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales. Así, el Tratado de Creación del Tribunal ha querido que la organización judicial comunitaria no se limite a un solo tribunal sino que ha dado también facultades a los tribunales nacionales para que la realización de la actividad judicial andina sea combinada entre ambos tipos de tribunales y haya cooperación entre ellos con la finalidad de lograr una uniformidad en la aplicación e interpretación del derecho comunitario en la región. Esto se observa muy especialmente tanto en el régimen establecido de responsabilidad de los Estados miembros frente a sus ciudadanos por sus incumplimientos comunitarios, en donde el Tratado le da competencia a los tribunales nacionales para determinarla, como en la interpretación prejudicial, en la que los jueces nacionales deben consultar al Tribunal de Justicia el alcance y sentido de las normas comunitarias, para que luego aquéllos puedan aplicarla en el caso concreto. Ni que decir de la mal llamada excepción de ilegalidad en la acción de nulidad, que para nosotros es una simple cuestión prejudicial de validez al estilo europeo, a través de la cual los jueces nacionales deben consultar la validez de una norma comunitaria al Tribunal de Justicia cuando tal validez sea puesta en duda por alguna de las partes del litigio que estén conociendo.

Décima sexta. La supranacionalidad es un atributo que permite a las organizaciones internacionales que la poseen disfrutar del ejercicio propio de competencias en su interés, que es el interés común de los países que las integran, lo que les permite funcionar con independencia de los

gobiernos de los Estados miembros, con la posibilidad de adoptar decisiones que, sin necesidad de unanimidad en muchos supuestos, puedan ser directamente aplicables tanto en todos los países participantes, aunque no hayan votado a favor de esa decisión, como a todos los particulares que habitan en sus territorios, pudiendo coactivamente aplicarlas a ellos.

Décima séptima. Como elementos fundamentales de la supranacionalidad se han citado la autonomía de la organización creada, que vincule a los Estados aún contra su voluntad; el poder de decisión propio que obligue a los Estados miembros de la organización; el poder de la organización sobre los sujetos, que le permita dirigirse inmediatamente, en forma directa, tanto a los Estados como a los ciudadanos. Otras características citadas son la institucionalización o la adopción de decisiones en forma independiente de los gobiernos nacionales, la inmediación del ejercicio de sus poderes por la organización que le permita penetrar en la esfera jurídica de los Estados y sus habitantes, el constreñimiento que le permita a la organización imponerse por sí misma sobre los Estados cuando incumplan las normas comunitarias, la autonomía financiera de la organización y la imposibilidad de retiro unilateral de los Estados de aquélla sin el consentimiento de los órganos comunitarios.

Décima octava. En la supranacionalidad no hay la cesión, transferencia o abandono de soberanía por los Estados miembros a favor de la organización sino que lo que sufren aquéllos sólo es una limitación en la misma, que no su reducción o división, por producirse en este nuevo mecanismo de las relaciones internacionales una atribución del ejercicio de ciertas competencias propias de los Estados a la organización, pero manteniendo éstos la titularidad original de las competencias en sí mismas, por todo lo cual la supranacionalidad realmente deja intacta la soberanía estatal, aunque limitada, motivo por el que, al disolverse la organización o retirarse un Estado de la misma, vuelve a los países la plenitud del ejercicio de sus competencias y por consiguiente recuperan la soberanía sin límites en las parcelas decisorias involucradas.

Décima novena. La integración es un proceso cuyo inicio puede ser hecho bajo formas simples de intergubernamentalidad, que busca la constitución de una nueva unidad territorial con profundos compromisos y lazos entre los países que participan en esta experiencia, para que ese nuevo espacio físico sirva de marco para la realización de ciertas actividades por los factores de producción o agentes económicos de cada Estado miembro, en el que no haya discriminación entre ellos ni obstáculos ni medidas equivalentes que impidan realizar tales actividades con libertad, todo lo cual puede conllevar la coordinación y armonización tanto de políticas internas como de legislaciones nacionales, generalmente con la creación durante tal proceso de organizaciones que pueden ejercer competencias, bien a través de técnicas intergubernamentales, bien a medida que se profundiza en la integración a través de técnicas supranacionales.

Vigésima. Un proceso de integración puede utilizar durante su ejecución mecanismos supranacionales o intergubernamentales. Dicho lo cual, cada uno de los mecanismos puede adoptar técnicas de funcionamiento que pueden lucir contrarias a su original carácter. Lo importante es que en cada mecanismo prevalezca la utilización de la técnica que le corresponda de acuerdo con su naturaleza, de manera que la utilización de la técnica en principio contraria sea sólo un complemento excepcional para mejorar su efectividad. En todo caso, la existencia de mecanismos de cooperación internacional como apoyo para llevar adelante un proceso de integración no desvirtúa la naturaleza jurídica supranacional de éste.

Vigésima primera. La Comunidad Andina es una organización compleja donde hay varios órganos de naturaleza supranacional y otros intergubernamentales. Así, frente al Tribunal de Justicia y la Secretaría General, que son órganos independientes de los Estados miembros y cuyos miembros actúan de acuerdo con los intereses comunitarios, hay órganos conformados por representantes de los países participantes como son el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el Parlamento Andino y la Comisión, que, no obstante, manifiestan su voluntad separadamente de sus miembros, constituyendo ésta al final una voluntad comunitaria.

Vigésima segunda. Todos los órganos previstos en el Acuerdo de Cartagena, actuando entre sí y por los *checks and balances*, permiten a la Comunidad Andina funcionar en forma independiente de los Estados miembros, pudiendo por esta virtud emitir actos y normas que puede imponer directamente a los Estados miembros, incidir en la esfera jurídica de sus ciudadanos y en caso de conflicto con los derechos nacionales, pueden prevalecer las mismas, todo sin necesidad de intervención ni mediación de las autoridades públicas de los Estados miembros. En esta realidad orgánica y funcional se observa que la Comunidad Andina disfruta de atribuciones de ejercicio de competencias nacionales, pudiendo obligar a los Estados al cumplimiento de sus actos y normas, aunque hayan estado en desacuerdo en el seno del órgano que las haya dictado si fuese intergubernamental.

Vigésima tercera. La supranacionalidad manifestada en la estructura orgánica de la Comunidad Andina y en la inmediatez del ordenamiento jurídico comunitario en la esfera jurídica de los Estados miembros y sus ciudadanos, lamentablemente no se ha visto reflejada en la aplicación de otro principio del derecho comunitario que está previsto en el ordenamiento jurídico andino: el de la seguridad jurídica en la integración del derecho comunitario. Ello en virtud de que las autoridades internas de los países participantes todavía no han asumido en toda su extensión el significado de un proceso de este tipo, motivo por el cual la aplicación del principio de eficacia directa y el de primacía del derecho comunitario no se ha visto complementado suficientemente con las medidas nacionales correspondientes que eviten la existencia de actos y normas nacionales que entraban en muchos casos la aplicación de las normas comunitarias, todo lo cual se ha agravado con los problemas

constitucionales que todavía prevalecen en muchos de los países miembros y que no permiten en su verdadera magnitud el funcionamiento fluido del aparato andino.

Vigésima cuarta. La Comunidad Andina tiene mecanismos sancionadores que le permiten actuar contra los países miembros que incumplan el derecho comunitario. Es decir, está presente en esta organización el elemento coactivo de la supranacionalidad, que aunque débil todavía, como lo fue y lo sigue siendo en las Comunidades Europeas, refuerza la supranacionalidad existente en ella. La falta de sanción que se ha producido a los países incumplidores durante la historia de la Comunidad Andina, que se ha reducido notablemente en los últimos años, ha sido así, más que por razones imputables al sistema jurídico andino, a razones humanas, políticas y de distinta índole que han impedido en muchos casos que el mecanismo sancionador más importante de esta organización, la acción por incumplimiento, se active y produzca sus consecuencias, lo que afortunadamente ya no ocurre en la actualidad.

Vigésima quinta. En la Comunidad Andina existe la posibilidad de que los tribunales nacionales, que también forman parte de la organización jurisdiccional comunitaria, establezcan la responsabilidad de los Estados miembros frente a sus ciudadanos por incumplimiento de sus obligaciones andinas, lo cual, junto a la acción de incumplimiento, que a partir del Protocolo de Cochabamba además pueden activar directamente los particulares, nos refuerza la tesis de la presencia en esta organización de un elemento muy importante de la supranacionalidad: la responsabilidad de los Estados miembros frente a sus ciudadanos por los incumplimientos del derecho andino, que es producto de la incidencia que puede tener el derecho andino en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Vigésima sexta. La autonomía financiera de la organización, que es un elemento deseable en toda organización supranacional, no existe en la Comunidad Andina porque su funcionamiento depende exclusivamente de los aportes de los Estados miembros. Lo que sí es cierto es que, si bien la Comunidad Andina no tiene ingresos propios, una vez recibidos los aportes de los Estados, éstos son manejados con entera autonomía por la organización. No obstante, esta falta de autonomía no debe entenderse que anula la supranacionalidad detectada a través de otros elementos ya que, si bien su presencia es importante, lo es sólo para fortalecer la supranacionalidad pero no para determinar su existencia. La autonomía financiera de la organización es un elemento muy importante para el funcionamiento y eficacia de una organización supranacional, pero no es fundamental sustancialmente para su creación y existencia.

Vigésima séptima. Al no cumplir la Comunidad Andina con todos los elementos de la supranacionalidad de una manera completa, pero sí los que consideramos fundamentales, y siendo además que estamos en presencia de un proceso para lograr una nueva unidad territorial con profundos compromisos entre los Estados miembros, siendo ya una unión aduanera, creemos que la

Comunidad Andina es un proceso de integración de carácter supranacional en la que este atributo es fundamental para lograr sus objetivos económicos. No obstante, es una supranacionalidad que todavía en algunos aspectos es débil, que hace falta que se refuerce y se potencie pero que, en todo caso, existe.

Vigésima octava. Las Constituciones de los Estados participantes, salvo la de Bolivia y la de Perú, permiten *grosso modo* la incorporación de sus países en sistemas de integración supranacional como el andino, con la consiguiente aplicación de los principios rectores del derecho comunitario. Especialmente las Constituciones colombiana y venezolana están preparadas jurídicamente para permitir el funcionamiento en esos países de una experiencia de este tipo ya que permiten la incorporación de estos países a procesos de integración supranacional. La Carta Magna de Ecuador, si bien no contiene una disposición que permita claramente la posibilidad de atribuir el ejercicio de competencias nacionales a organismos supranacionales, tampoco la prohíbe y está presente en ella una actitud de favorecimiento a la integración latinoamericana.

Vigésima novena. Las razones que han impedido la aplicación de las normas comunitarias andinas en los Estados miembros tiene más que ver con la actitud de las autoridades encargadas de ello que con las Constituciones mismas porque, si bien algunas de ellas no son lo suficientemente claras como para evitar discusiones e interpretaciones en contra de la supranacionalidad y otras incluso no prevén esta figura, los verdaderos problemas están en la aplicación fluida de las normas andinas por obstáculos internos improcedentes a la hora de lograr el cumplimiento de las mismas en la vida diaria de cada uno de los países, ello en gran parte por la ignorancia y desconocimiento por parte de jueces, funcionarios, congresistas y los propios ciudadanos sobre lo que significa un proceso de integración supranacional. Se trata de problemas que no son propiamente jurídicos, que a largo plazo son solucionables con actitudes más positivas, pero que no afectan la supranacionalidad de la Comunidad Andina en sí misma considerada. Al contrario, son problemas que se han producido porque existe un proceso de entendimiento internacional diferente a lo que estaban acostumbrados y que no es comprendido en su justa dimensión por las autoridades nacionales y sus ciudadanos.

Trigésima. El Tribunal de Justicia ha sido el factor que no ha permitido que definitivamente los postulados comunitarios del Acuerdo de Cartagena queden en letra muerta. Especialmente en los últimos años se ha dedicado a aplicar el derecho comunitario a través de las sentencias de las acciones de incumplimiento de una manera muy estricta. Esto sin tomar en cuenta la loable labor que hizo el Tribunal de Justicia en sus inicios cuando le correspondió colocar en su sitio el significado y alcance de cada uno de los artículos del derecho comunitario andino a través de su trabajo fundamental en esos años: la interpretación prejudicial. Hoy con estos principios jurisprudenciales y con la nueva etapa en las acciones de incumplimiento se puede decir que el camino para la consolidación de la integración andina está bastante adelantado y estamos seguros de que sin la

existencia del Tribunal de Justicia andino el proceso andino no hubiera sido posible. El resto de la labor y lo que no ha permitido que la integración de esta región esté donde debe estar, como señalaba, está en manos de los Estados miembros y sus habitantes, que ya parece que están comenzando a tomar conciencia del proceso, luego de un poco más de treinta años de creado. En todo caso, hay razones para ser optimistas y continuar adelante con el proceso, perfeccionándolo claro está con las necesarias adaptaciones y mejoras a la estructura orgánica y al sistema jurisdiccional.

Bibliografía citada

ALONSO GARCIA, Ricardo, "Community and National Legal Orders: Autonomy, Integration and Interaction", *Collected Courses of the Academy of European Law*, Academy of European Law, Vol. VII, Book 1, The Netherlands, 1999.

_____, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Editorial Civitas, Madrid, 1989.

_____, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

_____, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Fundación Universidad Empresa-Editorial Cívitas, Colección Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1997.

_____, "Actividad judicial v. Inactividad normativa", *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 151, Madrid, 2000.

_____, *Tratado de Amsterdam*, Editorial Cívitas, Madrid, 1998.

ANDUEZA, José Guillermo, "La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Buenos Aires, 1985.

_____, *El Tribunal del Pacto Andino*, Publicaciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1986.

_____, escrito presentado ante la Corte Suprema de Justicia de Venezuela el 21 de julio de 1982, Caracas, 1982.

_____, "Los tribunales de justicia comunitarios frente a otros órganos de integración", *Jornadas sobre integración económica y derecho comunitario andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara (Venezuela)-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto, 1995.

ARBUIET-VIGNALI, Heber, "Reflexiones políticas, jurídicas y epistemológicas sobre el Mercosur", *Economía Globalizada y Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

BALASSA, Bela, *The Theory of Economic Integration*, George Allen and Unwin LTD, Londres, 1961.

BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1994.

BEST, Edward, "Sistemas institucionales para la integración regional", *Integración Latinoamericana*, julio de 1994, Intal, Buenos Aires, 1994.

BREWER-CARIAS, *Debate Constituyente*, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999.

_____, *El derecho comunitario europeo: experiencias para el proceso de integración andino*, Conferencia pronunciada en la Tercera Conferencia Mundial de la Asociación de Estudios de la Comunidad Europea (ECSA), realizada en Bruselas los días 19 y 20 de septiembre de 1996.

_____, *Estudios de Derecho Público I*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1983.

_____ y Luis Ortiz Alvarez, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996.

BUENO MARTINEZ, Patricio, "Utilización de la jurisdicción comunitaria. Mito o realidad. El caso ecuatoriano", *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro, Mónica Seccombe y Joseph Weiler, "A General Introduction", *Integration Through Law: Europe and the American Experience*, Walter de Gruyter, Vol. I, Book 1, Florencia, 1986.

CHACHOLIADES, Miltiades, *Economía Internacional*, McGraw-Hill, 2º edición, Madrid, 1996.

COHEN, Isaac y Gert Rosenthal, "Reflexiones sobre el marco conceptual de la integración económica centroamericana", *Revista de la CEPAL*, Nº 3, Santiago de Chile, 1977.

COMUNIDAD ANDINA, *Documentos de las Reuniones del Consejo Presidencial (1989-1997)*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 1998.

DA CRUZ VILAÇA, José Luis y José Manuel Sobrino Heredia, "Del Pacto a la Comunidad Andina: el Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996, ¿simple reforma institucional o profundización en la integración subregional", *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, D-26, Madrid, 1996.

DAGTOGLOU, Prodromos, "Naturaleza jurídica de la Comunidad Europea", *Treinta años de Derecho Comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984.

DE FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel, "El control de la legalidad comunitaria: el recurso de nulidad y el recurso por omisión", *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Cívitas, Madrid, 1993.

DE WITTE, Bruno, "Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition". *The European Courts and National Courts-Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

DIAZ MULLER, Luis, *El Derecho Económico y la Integración de América Latina*, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1988.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

_____, *Las Organizaciones Internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción, *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Fundación Universidad Empresa-Editorial Cívitas, Colección "Cuadernos de Estudios Europeos", Madrid, 1993.

FARIAS MATA, Luis Henrique, "Los recursos de anulación e incumplimiento en el derecho comunitario andino", *Seminario sobre Integración Andina*, Caracas, 26 al 28 de marzo de 1985.

FRANCES, Antonio y Luisa Palacios, "Resultados económicos del Pacto Andino", *Integración Eurolatinoamericana*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

FORSTHOFF, Ernest, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

GARCIA-AMADOR, F. V., *El ordenamiento jurídico andino. Un nuevo derecho comunitario*. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Ricardo Alonso García y Antonio Tizzano, *Código de la Unión Europea*, Editorial Cívitas, Madrid, 1996.

_____ y Tomás Ramón Fernández Rodríguez., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, Tomo I, Madrid, 1995.

_____ y Ricardo Alonso García, "Spanish Report", *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung. Das Ineinandergreifen von nationalem und europäischem Verfassungsrecht.*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Volumen I (Duodécima edición), Madrid, 1994.

GARZON CLARIANA, Gregorio, "Sobre la noción de cooperación en el Derecho Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXIX, Nº 1, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1976.

GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Editorial Cívitas, Madrid, 1977.

HAAS, Ernest, *Beyond the Nation-State. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press, Stanford, 1968.

HARTLEY, T. C., *The Foundations of the European Community Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

HAYES MICHEL, Erick, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Naturaleza del Derecho Comunitario", *Seminario Internacional: "Integración Derecho y Tribunales Comunitarios"*, Corte Suprema de Justicia de Bolivia-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Sucre, 1997.

HELLER, Thomas y Jacques Pelkmans, "An Economic Perspective", *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter eds., Florencia, 1986.

- _____, "The Federal Economy: Law and Economic Integration and the Positive State-The U.S.A. and Europe Compared in a Economic Perspective", *Integration Through Law (Europe and American Federal Experience)*, Walter de Gruyter, Vol. 1, Book 1, Firenze, 1986.
- HEUKELS, Ton y Jaap de Zwaan, "The Configuration of the European Union: Community Dimensions of Institutional Interaction", *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1998.
- HURTADO LARREA, Estuardo, "Los incumplimientos y la acción asignada a la competencia del Tribunal", *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Buenos Aires, 1985.
- IGLESIAS BUHIGUES, José Luis, "La noción de supranacionalidad en las Comunidades Europeas", *Revista de Instituciones Europeas*, Instituto de Estudios Políticos, No. 1, Madrid, 1974.
- ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.
- JANER TORRENS, Joan David, "Consideraciones en torno a los efectos de la codecisión en el ámbito de la delegación de potestades de ejecución a la Comisión", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 5, Enero/Junio, Madrid, 1999.
- _____, "La nueva Decisión 1999/468 sobre la Comitología: un avance significativo en la mejora y simplificación de los procedimientos de delegación de potestades de ejecución de la Comisión", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 7, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.
- JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA, *Informativo Andino*, N° 3, abril de 1993, Lima, 1993.
- LASOK, D. Y J. W. Bridge, *Laws and Institutions of the European Communities*, London Butterworths, Londres, 1987.
- LOUIS, Jean-Victor *El ordenamiento jurídico comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 1991.

MALDONADO LIRA, Héctor, *30 años de Integración Andina, Balance y Perspectivas*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 1999.

MANGAS MARTÍN, Araceli y Diego Liñán Noguerras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

MANGAS MARTIN, Araceli, "Algunas reflexiones sobre el proceso jurídico de la integración europea", *Revista de Instituciones Europeas*, Instituto de Estudios Políticos, Vol. 4, No. 2, Madrid, 1977.

MAZA, Emilio, *Origen y formación del derecho comunitario andino*, Ediciones Schnell, Caracas, 1975.

MOINTINHO DE ALMEIDA, José Carlos, "El modelo comunitario europeo y su influencia en los procesos de integración", *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto (Venezuela), 1995.

MORALES PAUL, Isidro, *Derecho Internacional Económico (Derecho de la Integración)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.

ORTIZ DE ZEVALLOS, Gonzalo, "Common Market Law and its Influence in the Latin American Andean Región", *Du droit international au droit de l'integration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.

PAOLILLO, Felipe, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, Instituto de Estudios Internacionales, Santiago de Chile, 1982.

PELKMAN, Jacques, "Comparando las integraciones económicas: prerequisites, opciones e implicaciones", *Integración Latinoamericana*, Intal, Buenos Aires, 1993.

PEÑA, Felix, "El desarrollo institucional del Mercosur", *Comunidad Andina y Mercosur. Desafíos pendientes de la integración en América Latina*, Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia-Corporación Andina de Fomento, Bogotá, 1998.

PEREZ TREMP, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Fundación Universidad Empresa- Editorial Cívitas, Madrid, 1994.

PEREZ VERA, Elisa, "Reflexiones sobre los procesos de integración regional", *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 4, No. 3, 1977, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1977.

PESCATORE, Pierre, *Foreword in Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*. Sandalow & E. Stein eds., Clarendon P., Oxford/New York, 1982.

_____, *The Law of Integration. Emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1974.

PICO MANTILLA, Galo, *Derecho Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1992.

_____, "El acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria" (conferencia dictada en el Seminario Judicial, organizado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Consejo de la Judicatura de la República de Venezuela), Caracas, 1993.

_____, *Jurisprudencia Andina*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990.

PODESTA, Bruno, "Integración regional y globalización en América Latina", *Política Internacional*, No. 43, Enero/Marzo 1996, Fondo Editorial de la Fundación Academia Diplomática del Perú, Lima, 1996.

RECONDO, Gregorio, "La integración cultural latinoamericana: entre el mito y la utopía", *Integración Latinoamericana*, septiembre-octubre de 1989, Intal, Buenos Aires, 1989.

PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA (VENEZUELA), escrito presentado en acto de informes (caso Cámara de Laboratorios Venezolanos (LAVE), Capítulo Venezolano de Alifar, contra el acto del Ejecutivo Nacional), Caracas, 1999.

_____, escrito presentado en la Corte Suprema de Justicia el 27 de julio de 1993. Caracas, 1993.

REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, 1ª reimpresión, Madrid, 1983.

ROSENSTIEL, Francis, *El Principio de la "Supranacionalidad"*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

ROSENTHAL, Gert, "La integración regional en los años noventa", *Revista de la CEPAL*, Nº 50 (agosto de 1993), Santiago de Chile, 1993.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "La integración supranacional", *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*, Editorial Cívitas, Madrid, 1997.

RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, "Sistemas de solución de conflictos y órganos jurisdiccionales de la Unión Europea", *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto, 1995.

_____, *El Juez nacional como Juez Comunitario*, Fundación Universidad Empresa-Editorial Cívitas, Colección Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1993.

SACHICA, Luis Carlos, "El ordenamiento jurídico andino y su Tribunal de Justicia", *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Buenos Aires, 1985.

_____, "La acción de nulidad en el ordenamiento jurídico andino", *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Buenos Aires, 1985.

_____, "Derecho comunitario andino y derecho constitucional", *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Editorial Dickinson, Madrid, 1992.

SALAZAR MANRIQUE, Roberto, "Aspectos generales del derecho comunitario andino", *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto, 1995.

_____, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Marco general del derecho comunitario andino", *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho Comunitario Andino*, Institutos de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Barquisimeto, 1995.

SCHERMERS, Henry G., *International Institutional Law*, Sijthoff & Noordhoff International Publishers B. V., Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 1980.

_____ y Denis Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Netherlands, 1987.

SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Informativo Andino*, N° 11, septiembre de 1997, Lima, 1997.

SILVA ARANGUREN, Antonio y Jorge Luis Suárez Mejías, "La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", *Revista de la Fundación Procuraduría*, Fundación Procuraduría, No. 17, Caracas, 1997.

SUAREZ MEJIAS, Jorge Luis, "La aplicación de los principios rectores del derecho comunitario europeo en el Acuerdo de Cartagena: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de julio de 1990", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996.

TAMAMES, Ramón, *Estructura económica internacional*, Alianza Universidad Textos, 18ª edición actualizada, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

TIZZANO, Antonio, "Las competencias de la Comunidad", *Treinta años de Derecho Comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984.

TORO HARDY, Alfredo, "Fast track", *El Universal*, Caracas, 13 de noviembre de 1997.

_____, "Venezuela, la Comunidad Andina y el Mercosur", *El Universal*, Caracas, 3 de noviembre de 1997.

URIBE RESTREPO, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990.

VACCHINO, Juan Mario y Ana María SOLARES, "Los nuevos impulsos a la integración latinoamericana", *Integración Latinoamericana*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Buenos Aires, 1992.

VACCHINO, Juan Mario, "Integración, cooperación y concertación en América Latina", *Síntesis*, Madrid, A. V. Sociedad Editorial Síntesis, Madrid, 1987.

VER LOREN VAN THE MAAT, Pieter, "The Interaction between European Community Law and Public International Law in the Light of the Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order" adopted at the 62nd Conference of the International Law Association, held in Seoul, 1986", *Du droit international au droit de l'integration* (Liber Amicorum Pierre Pescatore), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986.

_____, "The Dialectic Relationship between Institutional Law and Substantive Tasks in and after the Treaty of Maastricht: Some Lessons from Henry G. Schermers and from Jean Monnet", *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1993.

VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980.

WEILER, Joseph H. H., *Europa, Fin de Siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

_____ y Ulrich R. Haltem, "Constitutional or International? The Foundations of the Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz-Kompetenz", *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

_____, "Neither Unity nor Three Pillars –The Trinity Estructure of the Treaty on European Union", *The Maastricht Treaty on EU: Legal Complexity and Political Dynamic*, Bruselas, European Interuniversity Press, 1993.

ZELADA CASTEDO, Alberto, "El control de la legalidad, la solución de controversias y la interpretación uniforme del derecho común en el esquema de integración del Grupo Andino", *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Buenos Aires, 1985.

